

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO – ESMAPE



**DANO MORAL: UM EXAME COMPARATIVO LUSO-
BRASILEIRO DA EVOLUÇÃO CONCEITUAL E DAS
FORMAS DE FIXAÇÃO REPARATÓRIA**

EVELINE MENDONÇA FELIX GONÇALVES

DISSERTAÇÃO

MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA – 2016
UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO – ESMAPE



**DANO MORAL: UM EXAME COMPARATIVO LUSO-
BRASILEIRO DA EVOLUÇÃO CONCEITUAL E DAS
FORMAS DE FIXAÇÃO REPARATÓRIA**

EVELINE MENDONÇA FELIX GONÇALVES

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO PROFESSOR
DR. PEDRO MANUEL DE ALMEIDA MADEIRA BRITO

MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

LISBOA – 2016

A você, que existiu em mim antes
que te visse.
E ao te ver, reconheci tudo de mim
e mais, mesmo sem saber...
A você, que me inspira nos
suspiros dos dias.
A você, Targino...

Ao meu príncipe Estêvão, filho da carne e da alma, agradeço a magia de me transformar todos os dias em mais e melhor.

Ao anjo e mãe Marly, que desceu à terra e, em um gesto de bondade, aceitou também me guiar, agradeço pela vida.

A você, Pai, pela oportunidade desta vida e de tê-los ao meu lado, agradeço eternamente.

*Quem sabe direito o que
uma pessoa é?*

*Antes sendo: julgamento é
sempre defeituoso, porque
o que a gente julga é o
passado.*

João Guimarães Rosa

RESUMO

Título do trabalho: “Dano moral: um exame comparativo luso-brasileiro da evolução conceitual e das formas de fixação reparatória”.

Este trabalho pretende examinar a evolução conceitual de dano moral no Brasil e em Portugal. Nesse sentido, realiza um estudo comparativo acerca das formas de fixação reparatória e das dificuldades enfrentadas nos dois países para o estabelecimento adequado de valores compensatórios. Para tanto, far-se-á uma abordagem da essência da responsabilidade civil, com seus elementos componentes, base de qualquer estudo que se pretenda fazer sobre ressarcibilidade de dano. A dignidade humana, sua previsão e proteção constitucional serão enfocadas como alicerce para o trabalho e ponto de origem da afirmação de que o dano imaterial deve ser reconhecido e compensado. A partir desses pressupostos, efetuar-se-á um exame do conceito de dano moral, bem como de sua evolução doutrinária e jurisprudencial. Serão enfocadas especialmente as concepções e aplicações do instituto no Brasil e em Portugal, fazendo-se um paralelo das construções doutrinárias e das aplicações jurisprudenciais sobre o tema. Buscar-se-á também fazer uma integração de conceitos, ante a percepção de que as várias definições não são excludentes, mas complementares, abrangendo toda a gama de fatos sociais do mundo contemporâneo. Após essas considerações, chegar-se-á ao ponto fulcral do tema, examinando-se toda a problemática enfrentada nos dois países sobre a forma de fixação reparatória por dano imaterial. Far-se-á um exame dos elementos a serem observados e de que forma a jurisprudência trata a questão quando está diante dos quadros fáticos postos a seu exame. Serão especialmente avaliadas as decisões dos tribunais, verificando como os julgadores brasileiros e portugueses tratam a matéria e quais os pontos comuns existentes entre os dois países. Na mesma medida, serão avaliados os diferentes enfoques. Por fim, abordar-se-á o dano-morte, instituto previsto na lei civil lusitana e com ampla aplicação em Portugal, ao contrário do que acontece no Brasil. Em face dessa lacuna, discutir-se-á a possibilidade de seu reconhecimento no Brasil. Por fim, o estudo discorrerá sobre a dificuldade para o estabelecimento de valores razoáveis a serem aplicados no julgamento dessa espécie de dano.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Evolução conceitual. Formas de fixação reparatória. Comparação entre Brasil e Portugal.

ABSTRACT

Material damage: A Luso-Brazilian comparative examination of the conceptual evolution and forms of remedial fixation.

This work aims to examine the conceptual evolution of moral damage in Brazil and Portugal. Accordingly, we conduct a comparative study concerning the forms of remedial anchorages and of the difficulties in both countries for the appropriate establishment compensatory amounts. Therefore, far up shall approach from the essence of liability, with its component elements, base of any study that intends to do about damage claim. Human dignity, its forecast and constitutional protection shall be focused as a foundation for the work and origin point of the claim that the non-pecuniary damage must be recognized and compensated. Based on these assumptions, shall be effected, an examination of the term moral damage, as well as their doctrinal and jurisprudential developments. They will be especially focused the concepts and institution applications in Brazil and Portugal by making a parallel of doctrinal and jurisprudential construction applications on the topic. Search will be appreciated also to make an integration of concepts in the perception that the different definitions are not mutually exclusive, but complementary, covering the entire range of social events of the contemporary world. After such considerations, it will be reaching the central point of the subject, by examining all the problems facing the two countries on the form of reparatory fixation for non-pecuniary damage. Far It will be an examination of the elements to be observed and how the law deals with the issue when the tables on factual points to their exam. They will be especially evaluated the decisions of the courts, verifying how the Brazilian and Portuguese judges treat the matter and that the existing common points between the two countries. In the same measure will evaluate different approaches. Finally, address shall be the damage, death, institute provided the Lusitanian civil law and with wide application in Portugal, unlike what happens in Brazil. In view of this gap, it will discuss the possibility of its recognition in Brazil. Finally, the study will talk about the difficulty to establish reasonable values to be applied in the judgment of this kind of damage.

Keywords: Civil liability. Moral damage. Conceptual evolution. Reparatory mounting forms. Comparison between Brazil and Portugal.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 Conceito e evolução.....	13
1.2 Pressupostos da responsabilidade civil.....	17
1.2.1 Ação.....	17
1.2.2 <i>Nexo causal</i>	24
1.2.3 <i>Dano</i>	29
 CAPÍTULO II - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA COMO SUSTENTAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO SUJEITO E BASE DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL	39
 CAPÍTULO III - CONCEITO DE DANO MORAL	49
3.1 Conceito de dano moral por seu conteúdo negativo.....	49
3.2 Conceito de dano moral como alteração do estado anímico.....	51
3.3 Conceito de dano moral como ato de lesão a direito da personalidade.....	53
3.4 Conceito de dano moral em Portugal.....	56
3.5 Integração dos conceitos.....	64
 CAPÍTULO IV - EVOLUÇÃO DA ADMISSÃO DO RESSARCIMENTO POR DANO MORAL E NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO	73
4.1 Considerações gerais.....	73
4.2 Fase da negação de reparabilidade do dano moral.....	75
4.3 Fase da aceitação limitada da reparação do dano moral qualificada pela expressão material do dano.....	80
4.4 Possibilidade de admissão da reparação por dano moral decorrente do incumprimento das obrigações.....	82
4.5 Reconhecimento e natureza jurídica da compensação por dano moral: conteúdos compensatório, punitivo e preventivo.....	93
 CAPÍTULO V - PROBLEMA DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL	118
5.1 Reparação do dano pela mesma natureza da prestação.....	119
5.2 Tarifação.....	123
5.3 Dever de motivação da sentença e o prudente arbítrio do juiz.....	132
5.4 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....	142
5.5 Forma de fixação da indenização por dano moral em Portugal.....	151
 CAPÍTULO VI – DANO-MORTE	162
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS	189

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto da angústia e inquietação ante a impossibilidade de, nem sempre, concretizar-se o que é abstrato. Nessa perspectiva, reconhece, em linhas gerais, a fragilidade da materialização da norma diante daquilo que não se pode medir. A questão atinente ao dano moral, com suas divergências quanto à forma de fixação compensatória, bem como o estudo do instituto com suas nuances e dubiedades são temas muito mais complexos do que se pode imaginar. Diversas teorias, a partir de suas concepções, indicam várias posições e oposições. Estas, em maior ou menor grau, acabam por fazer o estudo da matéria rico e instigante.

A evolução do que se entende por dano moral revela uma mudança de perspectiva na visão concreta e pragmática daquilo que o direito deve proteger. Nesse aspecto, acompanha a mutação da sociedade contemporânea, com a ampliação de antigos conceitos. A visão moderna e plural da sociedade impõe a adoção de novas definições que possam estar alinhadas com as necessidades sociais e o estabelecimento de valores, em resposta ao dano imaterial. Está-se a exigir a atenção do operador do direito para que, com prudência e pertinência, possa acompanhar a evolução social e buscar trazer segurança jurídica, que é base da paz social.

No decorrer deste estudo, pretende-se refletir sobre o que se entende por dano imaterial, destacando-se a grande dimensão que o instituto atingiu na sociedade contemporânea. Nessa reflexão, serão analisados seus desdobramentos, seu reconhecimento, os valores compensatórios reputados adequados e a exigência de resposta segura e coerente do direito para a proteção dos mais variados bens imateriais presentes na sociedade contemporânea.

O número de demandas cresce de forma desproporcional ao avanço das técnicas e mecanismos capazes de viabilizar soluções rápidas e

justas para os conflitos envolvendo o dano moral e as formas de fixação reparatória. Sob esta perspectiva, o estudo aqui proposto pretende colocar alguma luz no tratamento dado, no Brasil e em Portugal, ao dano moral. Busca também identificar os caminhos trilhados pelo aplicador do direito quando necessita enfrentar o problema da fixação de valores reais e proporcionais para cada caso apresentado, sem discrepâncias de tratamento. No exercício da função jurisdicional, deve-se fazer a adequada avaliação de cada caso concreto, com as peculiaridades e nuances que o individualizam dos demais.

A relevância da análise se encontra no ponto nevrálgico da inexistência de parâmetros definidos em lei. Essa lacuna exige uma reflexão consistente do doutrinador, ao estudar os elementos definidores do *quantum* indenizatório. Requer, particularmente, o exercício de ponderação do julgador, que possui a difícil tarefa de trazer a resposta, de forma segura, adequada, eficiente e verdadeira, ao conflito posto.

Faz-se um exame comparativo entre os critérios existentes no Brasil e em Portugal, no tocante às formas de fixação da indenização por dano imaterial. Procura-se, em um primeiro momento, examinar o instituto da responsabilidade civil, a partir de sua conceituação e desenvolvimento evolutivo, bem como os pressupostos básicos de sua constatação. Destaca-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento que dá sustentação à ampla proteção do indivíduo e autoriza a compensação por dano moral.

O exame da conceituação de dano moral será aprofundado, ao se investigar a implicação consequencial da adoção das teorias desenvolvidas. Para tanto, serão analisados os fundamentos teóricos adotados pela jurisprudência, no Brasil e em Portugal, quando do julgamento da matéria. Nessa perspectiva, serão avaliados os conceitos e os elementos expostos, para que se possa extrair os pontos de contato e os diferentes enfoques existentes em cada sistema. Com base nessa

avaliação, será proposta uma integração de conceitos, aproximando-se os elementos aparentemente em conflito.

Não se pode pretender refletir sobre os parâmetros de fixação de valores aplicáveis ao dano imaterial, sem antes estudar o processo evolutivo desse instituto como lesão que deve ser protegida pelo direito. Assim, serão examinados os argumentos pretéritos para a negação da possibilidade de reparação dessa espécie de dano. Em seguida, discorrer-se-á sobre os primeiros casos de admissão, com previsões delimitadas de abertura para o reconhecimento, chegando-se à fase da ampla admissão. A partir daí, o enfoque será direcionado à natureza jurídica do instituto, evidenciando-se seus objetivos compensatório, punitivo e preventivo. Procurar-se-á trazer a lume a discussão existente no Brasil sobre a aceitação da função punitiva da indenização por dano moral, observando-se se, nesse aspecto, se há real diferença entre Brasil e Portugal.

Todas essas considerações servirão de base para o estudo dos problemas observados quando da fixação do *quantum* indenizatório por dano moral. Nesse sentido, serão feitas as seguintes indagações: Quais as formas de reparação? Quais os métodos adotados? O que se deve perquirir para se estabelecer o valor ideal? Quais os critérios adotados para que a fixação indenizatória seja adequada e justa? Brasil e Portugal andam no mesmo compasso? Estas e outras questões serão enfrentadas, mas sem se pretender chegar a conclusões definitivas. Objetiva-se, na verdade, procurar entender os problemas observados quando do estudo e aplicação do instituto. Apesar das dificuldades inerentes ao dano imaterial, serão indicados alguns caminhos possíveis para soluções mais seguras, justas e efetivas na prestação jurisdicional.

Ao final, será examinado o dano-morte. A perplexidade do tratamento em separado dado, neste trabalho, ao instituto, que pode atingir o operador do direito em Portugal, certamente não repercutirá

entre estudiosos do direito no Brasil. Isto porque o dano-morte, instituto conhecido e aplicado em Portugal, ainda é estranho em nosso país. Alguns poucos doutrinadores enfrentam a questão, mas a maioria dos estudiosos sequer menciona o dano-morte como espécie autônoma de lesão a ser reparada. Seguindo a mesma trilha, a jurisprudência não se manifesta sobre o tema, não sendo esse tipo de demanda levada aos tribunais brasileiros. Diante dessa omissão, nasce o interesse em examinar o dano-morte neste estudo, com o objetivo de compreender o motivo desse diferenciado tratamento em dois países ligados umbilicalmente pelo vínculo da história e da cultura de seus povos.

O trabalho será entremeado pelo exame concomitante da doutrina e da jurisprudência dos dois países. Esta é a proposta do estudo: fazer o exame comparativo entre o que entende a doutrina e o que é adotado pela jurisprudência do Brasil e de Portugal. Tal análise irá debruçar-se sobre o entendimento do dano moral e toda a problemática relativa à fixação adequada do valor compensatório.

CAPÍTULO I - RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Conceito e evolução

Para o estudo do dano moral e sua perspectiva na atualidade, deve-se, inicialmente, examinar a responsabilidade civil, seu conceito, seus elementos componentes e sua evolução. É certo que, com o passar do tempo, o instituto vem sofrendo transformações e se alimentando de novas necessidades. A responsabilidade civil é percebida na vida moderna de forma cada vez mais presente. Com a evolução social, as relações humanas se multiplicam e se tornam mais complexas, exigindo uma resposta jurídica para a solução de problemas novos decorrentes das novas relações entre os indivíduos. A possibilidade de ocorrência de dano causado por ação de outrem e as soluções apontadas pelo direito, na tentativa de retorno *ao statu quo ante*, trazem o desafio da conceituação atual da responsabilidade civil.

O princípio do *neminem laedere* se traduz no dever jurídico de não causar dano a outrem e, em sendo violado esse comando, nasce um novo dever: o de reparação. Nessa perspectiva, a responsabilidade civil traduz a ideia de obrigação de reparação decorrente da violação do dever de não lesionar o direito de outrem ou de não causar-lhe prejuízo. Portanto, a responsabilidade civil é o instituto que vincula alguém às consequências dos seus atos, conforme anota Rodrigo Mendes Delgado¹.

A responsabilidade civil é a obrigação que alguém tem de reparar prejuízo que causou por ação própria ou por ação de outra pessoa ou ente que esteja sob sua dependência. É o caso da responsabilidade dos pais pelas ações danosas praticadas pelos filhos menores. Acontece também quando um objeto de alguma pessoa atinge outra,

¹DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3 ed., Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 33.

independentemente de que tenha sido arremessado ou ocorrido uma queda espontânea. Para Rui Stoco², a imposição a alguém de responder por seus atos que provocam dano ou prejuízo a outra pessoa é a própria tradução da noção de justiça, algo que é ínsito à natureza humana.

Assim, a obrigação é pressuposto daquilo de que a responsabilidade é consequência. É evidente o dever primário de não violação a bem, direito ou interesse alheio. Infringido o dever inicial e constatado o dano, surge a responsabilidade de reparar, que é a consequência ou a resposta estatal à ação danosa. Segundo Sérgio Cavaliere Filho³, para se saber quem é o responsável pela reparação, deve-se perguntar quem tinha o dever originário ou quem possuía a obrigação. A resposta fornece a identificação daquele que possui a responsabilidade pelo evento danoso. Faz-se, portanto, uma clara distinção entre obrigação e responsabilidade.

Sem dúvida, o que caracteriza a responsabilidade civil é a necessidade, cada vez maior, de sua adequação à evolução social. Essa exigência ocorre ante a multiplicação de fatores causadores e as possibilidades de danos, resultando na imposição de recomposição e reparação de prejuízo. Traçando-se uma linha evolutiva do instituto da responsabilidade, observa-se que ela surgiu como direito de lesão àquele que causou o dano. Expressava-se na vingança, conferindo o direito de reação àquele que sofreu prejuízo. Efetuava-se a retribuição por parte da própria vítima ou de seu grupo. Em um passo seguinte, manteve-se a mesma lógica de reposta igual e imediata, mas cancelada pela autoridade. Assim, a ação saiu do domínio do indivíduo, transferindo-se ao Estado a incumbência de avaliar a possibilidade de retribuir o mal com

² STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 118.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2008, p.20.

o mal. Era a conhecida Lei de Talião: olho por olho; dente por dente, com a proporcionalidade da resposta.

Mais um passo foi dado no sentido de conceder um benefício ao que suportou o dano, com a composição. Percebeu-se que, no sistema adotado, eram dois os lesados, não havendo sentido real na reação da vítima como forma de retribuição. Assim, na lição de José de Aguiar Dias⁴, a composição a ser conduzida pela autoridade determina uma prestação positiva ao lesado e não uma reação retributiva ao agente.

Todas essas conquistas resultaram na *Lex Aquilia*, trazendo a ideia da culpa como lastreadora da imposição da reparação. Além disso, determinou uma resposta patrimonial ao prejuízo causado, com indenização proporcional ao ato gravoso e não em valores fixos. Posteriormente, observou-se a insuficiência da noção de culpa para impor um dever reparatório, ampliando-se a incidência da responsabilidade civil sem perquirição do elemento subjetivo, como resposta à evolução das relações sociais.

Após examinar os diversos conceitos de responsabilidade civil, Maria Helena Diniz⁵ afirma que, em sua essência, ela impõe a aplicação de medidas que obriguem o indivíduo ao dever de reparar o dano causado a outrem. Esse dano pode ocorrer em razão de ato próprio ou de pessoa por quem ele responde, quanto à coisa ou animal que esteja sob sua guarda ou ainda quando há imposição legal de responsabilidade. Essa definição, a exemplo de várias outras, indica um elemento comum, na tentativa de fixar-se um conceito para o instituto, buscando abranger as variadas formas do dever reparatório.

⁴DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.19.

⁵DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, vol. 7: Responsabilidade Civil*. 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.100.

Importante reflexão sobre a matéria faz José de Aguiar Dias⁶. Após examinar a evolução da responsabilidade civil através dos tempos, observa que, na atualidade, o legislador tem uma tendência de focar mais nas formas de reparação do dano do que na identificação do responsável por ele. Isto resulta da extensão de situações caracterizadas como de responsabilidade objetiva e da ampliação do âmbito de atuação do Código de Defesa do Consumidor. O citado diploma legal traz a definição de novas formas de responsabilização dos fornecedores como causadores de risco e responsáveis pelos danos dele decorrentes. O autor em referência constata também a existência de linhas de tendência nos tribunais para os seguintes entendimentos: flexibilização do conceito de nexo causal; coletivização de ações; multiplicação de danos passíveis de ressarcimento (como dano por nascimento indesejado, por exemplo); alteração de patrimonialização da indenização (como em situações de determinação judicial para retratação pública). Finaliza destacando o avanço no exame das formas de prevenção de danos.

Nesse diapasão, merecem destaque as ponderações de Cristiano Chaves de Faria⁷. Após analisar os elementos componentes do conceito de responsabilidade civil, afirma que, no mundo contemporâneo, o horizonte deve ser ampliado para que se possa acrescentar ao instituto a ideia de precaução e de prudência. Em última análise, há a necessidade de se exigir o dever de cuidado, tendo em vista a diversidade das relações e a ampla possibilidade de se causar prejuízo a terceiros. As pessoas, em suas múltiplas manifestações individuais, profissionais e sociais, devem se pautar pelo dever de cuidado, que seria uma antevisão do dever reparatório. Deve-se direcionar a visão para o futuro, para que as medidas de precaução sejam maiores e possam fortalecer as relações, reduzindo-se as necessidades de reparação. Como registra

⁶DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, pp. 39-41.

⁷FARIA, Cristiano Chaves de *et al.* *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, pp.55-57.

Caio Mario da Silva Pereira⁸, a responsabilidade civil, no novo milênio, deve ser instrumento de justiça social.

1.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Não se pretende, neste trabalho, fazer um exame inovador dos pressupostos da responsabilidade civil, mas focar na análise do dano moral. Com essa ressalva, passa-se a analisar os três pressupostos tidos pela doutrina como essenciais para o entendimento do conteúdo da responsabilidade civil: ação, nexo causal e dano.

1.2.1 Ação

A ação juridicamente relevante é o primeiro requisito para que se fale em responsabilidade. Mesmo destituída do caráter ilícito, a responsabilidade surge quando se trata de casos específicos de risco, conforme estabelece o parágrafo único do art.947 do Código Civil brasileiro.⁹ A conduta humana pode se concretizar por ação, que tem conteúdo positivo, ou por omissão, em caso de conduta negativa, voluntária, impregnada de culpa ou dolo. Assim, para a constatação de responsabilidade por condutas omissivas são necessárias a demonstração da obrigação de prática do ato e a prova de que o ato não foi praticado. Deve-se também constatar que o dano seria evitado, se a

⁸PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10 ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p.19.

⁹Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

ação devida tivesse ocorrido, conforme lembra Flávio Tartuce.¹⁰ Em reforço desse entendimento, são trazidas à colação as seguintes decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Responsabilidade civil. Administrativo. Responsabilidade civil subjetiva. Teoria do *faute du service*. Ato omissivo. Acidente em via pública danificada. Mau estado de conservação. Negligência da administração pública municipal. Nexo de causalidade. Lesões corporais. Indenização por danos morais e materiais. Quantum. Razoabilidade e adequação. Encargos moratórios. Art. 1º-f da lei nº. 9.494/97. Sentença parcialmente reformada. 1. A responsabilidade do Município por danos materiais e extrapatrimoniais decorrentes de ato omissivo que acarretou acidente não é objetiva, mas sim, subjetiva, nos termos do artigo 186 do Código Civil. 2. Tendo restado nítido o liame causal eficaz e exclusivo entre a negligente omissão por parte do ente público municipal e os danos experimentados pelo autor, na consideração de que o evento danoso não teria ocorrido caso estivesse a via pública em bom estado de conservação, resta materializada a obrigação indenizatória do Município/réu. 3. O dano moral deriva do próprio fato da lesão na esfera interna do indivíduo, não se exigindo, portanto, a comprovação de sua existência concreta. Na fixação do valor da indenização por danos morais deve ser levada em conta a extensão do dano, proporcionando à vítima uma satisfação econômica na justa medida do abalo sofrido, não se configurando fonte de enriquecimento sem causa, nem se apresentando inexpressiva, respeitando, assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Em se tratando de condenação contra a Fazenda Pública, deverá ser observada, para fins de cálculos dos juros de mora e correção monetária, a norma do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.¹¹

Apelação cível. Ação de indenização. Município de Belo Horizonte. Parque das Mangabeiras. Transporte público. Acidente. Falha nos freios do veículo. Omissão da prefeitura. Responsabilidade subjetiva. Danos morais. Fixação do quantum. Redução. Correção monetária e juros moratórios. Lei 11.960/09. Recurso provido em parte. 1. Para a configuração da responsabilidade do Estado, necessário a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles, sendo que, no caso de ato omissivo, também é necessária a comprovação de que a Administração estava

¹⁰TARTUCE, Flávio. Direito civil: *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Vol.2, 9 ed., São Paulo: Forense, 2014, p. 359.

¹¹TJMG, Primeira Câmara Cível. Apelação Cível 1.0317.12.002387-2/001 0023872-12.2012.8.13.0317 (1) Relator: Des.(a) Armando Freire. Julgado em 07/07/2015. Publicado em 16/07/2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 20.02.2015.

obrigada a impedir o prejuízo causado a terceiros. 2. Restando caracterizada a omissão da Prefeitura que realizando serviço de transporte dentro do Parque das Mangabeiras não promoveu a manutenção adequada do veículo que ocasionou acidente devido a falha mecânica dos freios, exurge a responsabilidade de pagamento dos danos morais experimentados pela vítima, já que configurados o elementos atinentes à responsabilidade civil.³ O valor arbitrado para indenização por danos morais deve levar em consideração o grau de culpa, a omissão e a capacidade econômica do infrator, além da gravidade do dano e as consequências advindas e o sofrimento suportado pela vítima, devendo ser reduzido no caso específico dos autos. 4. Em ação de indenização por danos morais, o valor da condenação imposta à Fazenda Pública deve ser atualizado monetariamente desde o arbitramento e acrescido de juros moratórios a partir do evento danoso, conforme os índices da Lei 11.960/09. 5. Recurso provido em parte.¹²

Do exame das decisões e não somente por se tratar de responsabilidade do Estado, verifica-se a necessidade de demonstração de que havia o dever jurídico de praticar o ato e que essa falta, devidamente provada, ocasionou o dano. Tais elementos são imprescindíveis para a caracterização da omissão jurídica relevante, dando ensejo ao dever de indenizar.

O indivíduo responde por seus próprios atos, devendo seus bens suportar a ação danosa, como estabelece o art. 942, *caput*, do Código Civil brasileiro¹³. Pode também responder pela ação de terceiro e por dano causado por animal ou coisa, conforme disciplinam,

¹² TJMG. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível 1.0024.12.306175-6/001 3061756-30.2012.8.13.0024 (1). Relatora: Desembargadora Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em 16/07/2015. Publicado em 17/07/2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 20.02.2015.

¹³ Art. 942. “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Parágrafo único. “São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art.932”.

respectivamente, os art. 932, 936, 937 e 938 do citado diploma legal¹⁴. Além disso, é cada vez mais exigida a responsabilidade advinda das relações de consumo, como preveem os art. 12 a 14 e 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor¹⁵.

¹⁴ Art. 932. “São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 936. “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”.

Art. 937. “O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

Art. 938. “Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

¹⁵ Art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II- que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Art. 13. “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis”.

Parágrafo único. “Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso”.

Art. 14. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

É imprescindível a análise da culpa e da responsabilidade para se definir as ações relevantes e que geram dever indenizatório. A regra geral, desde o início do regramento ressarcitório no direito civil pátrio, tem por base atos ilícitos, decorrentes de ação ilícita culposa, conforme estabelece o art. 186 do Código Civil brasileiro¹⁶. Ensina Maria Helena Diniz¹⁷ que o ato ilícito é o cometido com culpa em afronta à regra legal, violando direito e causando prejuízo. Segundo esclarece, ilicitude e culpa são conceitos distintos, apesar de se complementarem. A ilicitude observa a conduta do autor do dano em sua objetividade, enquanto a culpa indica as facetas subjetivas do comportamento humano e as circunstâncias que contribuíram para a concretização do evento danoso. Para que se fale em responsabilidade decorrente de culpa, regra geral não se exige que ela decorra do ato consciente e destinado à produção do resultado, que caracteriza o dolo. Basta a violação de dever, resultante de imperícia, imprudência ou negligência.

Avançando na ideia originária da culpa, em razão das novas exigências da sociedade moderna, foi necessária a instituição da responsabilidade sem culpa, baseada no risco. Nasceu, assim, o dever ressarcitório com a prática da ação, sem se procurar o componente culposos. Constatando-se a ação, o dano e o nexo entre eles, o agente está obrigado a indenizar. É o que ocorre em situações envolvendo as conhecidas relações de consumo. Nelas, surge a necessidade de proteção ao indivíduo, que se encontra em posição de fragilidade perante o fornecedor. Por tal motivo, dispensa-se a ocorrência de conduta culposa deste último, como se observa do exame dos art. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, já citados. Também o Código Civil, no parágrafo único do art. 927, igualmente referido, traz preceito

¹⁶Art. 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

¹⁷DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7, 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.57.

semelhante, deixando expresso que a atividade, por si só e não por particularidade do agente, é que deve ser capaz de provocar risco de dano.

É incontestável que, com o desenvolvimento do capitalismo e com o aumento das relações sociais, negociais, comerciais e industriais, observando-se, ainda, a evolução tecnológica a demonstração tradicional e primária da culpa passou a ser mais delicada. Em consequência, passou a ser necessária a atuação estatal legislativa para viabilizar soluções pacificadoras à ocorrência de dano. É inegável, assim, a necessidade de aprimoramento dos mecanismos jurídicos e criação de alternativas legais para enfrentar os novos problemas emergentes.

É trilhando-se esse caminho evolutório que será examinada a ação, sem se perquirir particularmente da culpa. Apesar de fundamental para a estrutura da responsabilidade civil desde os primórdios, hoje não pode ser mais tida como imprescindível para a constatação do dever de indenizar, certo que para tantas situações onde se faz presente, inúmeras outras prescindem de sua caracterização, já que se busca focar na possibilidade reparatória muito mais do que no efetivo causador do dano. É o que a doutrina tem denominado “erosão da culpa” como pressuposto da responsabilidade civil, certo que nas atividades da vida contemporânea a responsabilidade reparatória será, muitas vezes, consequência da apresentação de risco à sociedade. Consequência esta com a qual deverá arcar aquele que auferir os benefícios correspondentes à ação capaz de lesar, como bem explicita Daniela Courtes Lutzky¹⁸.

¹⁸ LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação dos danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 109-113.

1.2.2 Nexa causal

O segundo elemento a ser analisado para a caracterização da responsabilidade civil é o nexa causal como vínculo abstrato que une conduta e dano. Deve ser visualizado como um fio que acompanha a ação e a liga, de forma indelével, ao resultado. Esse elo existe, até mesmo quando se tratar de responsabilidade objetiva. Conforme esclarece Flávio Tartuce¹⁹, na responsabilidade subjetiva, o elo é iniciado pela constatação da culpa. Já na responsabilidade objetiva, o início do liame situa-se na previsão da responsabilidade sem culpa ou pela ação de risco.

Em verdade, o exame do nexa entre ação e resultado deve ser observado já de início. Inexistindo esse fio condutor entre ambos, não se poderá falar em responsabilidade. Para haver responsabilidade, é insuficiente que alguém tenha alguém suportado prejuízo e que outrem tenha agido ilicitamente. A ligação entre ação e resultado deve estar presente e ser demonstrada para que se perquiria sobre a presença do dever de indenizar. Para demonstrar a necessidade da presença do nexa causal, transcrevem-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Dever de informar e os riscos do tabagismo. Conhecimento do recurso interposto. Preliminar de nulidade afastada por desafio suficiente das razões apresentadas na sentença de 1º grau. Pretensão de caracterização de condenação por dano próprio em razão de perda de familiar por morte associada ao hábito de fumar. Prescrição trienal afastada, impossibilitado, para o caso, o reconhecimento de ofício. Manutenção da sentença de improcedência da ação, observada a prova realizada e a ausência de caracterização de nexa causal e ilicitude suficientes para a caracterização da responsabilidade civil

¹⁹TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. Vol. 2. 9 ed., São Paulo: Forense, 2014, pp. 371 e 372.

pretendida. Preliminares afastadas, recurso desprovido no mérito. Unânime.²⁰

Apelação cível. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Alegação de abaloamento em pedras soltas na via pública. Ação indenizatória contra o município. Responsabilidade objetiva. Requisitos configuradores da responsabilidade civil do ente público. Ausência de comprovação do nexo de causalidade. Sentença de improcedência confirmada. Precedentes. A responsabilidade civil dos entes públicos, de regra, é objetiva, com base na teoria do risco administrativo, consagrada pela carta magna (art. 37, § 6º). Havendo culpa exclusiva da vítima, fica excluída a responsabilidade do poder público; se a culpa for concorrente, a responsabilidade será mitigada, repartindo-se o quantum da indenização. Acidente de trânsito. Frágil a prova carreada ao feito, tanto que sequer a existência das alegadas pedras soltas na via pública na qual ocorreu o acidente foi confirmada. Ademais, ausentes subsídios a confortar a narrativa feita pelo apelante que deixa, inclusive, de esclarecer a velocidade e trajetória desenvolvidas. Incabível responsabilizar o ente público, impondo-se o juízo de improcedência da ação. Sentença confirmada. Desatendido o art. 333, I, do Código de Processo Civil, pois ausente comprovação do nexo de causalidade entre o estado de conservação da via e o evento lesivo, impositiva a ratificação da sentença de improcedência. Apelação improvida.²¹

Extraí-se, dos julgados, sem grande esforço, que a noção de nexo, de vínculo, de conexão entre ação e resultado tem conteúdo de regra natural e não de norma positivada. O problema surge quando ocorrem atos complexos. Para tanto, deverá o intérprete utilizar-se das teorias desenvolvidas para a solução da questão e do exame individualizado de cada caso, como ensina Sérgio Cavalieri Filho²². Assim o é porque,

²⁰ TJRS. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70053525614. Relatora: Desembargadora Maria Claudia Cachapuz. Julgado em 12/08/2015. Publicado em 17/07/2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 10.08.2015.

²¹ TJRS. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70063422646. Relator: Desembargador Guinther Spode. Julgado em 13/08/2015. Publicado em 17.08.2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 14.08.2015.

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2008, pp. 46-50.

quando examinar o nexo causal, deverá o magistrado aplicar o princípio da razoabilidade, fazendo uma construção lógico-normativa do caminho percorrido desde a ação até o dano.

Estudando as teorias sobre o tema, o referido autor faz a distinção entre a teoria da equivalência dos antecedentes causais e a teoria da causalidade adequada. Diferentemente da seara criminal, na área civil, deverá ter prevalência a segunda. De fato, quando se fala em equivalência de causas, desde que concorram para a realização do resultado, todas terão o mesmo valor. Dessa forma, constatando-se que a ação contribuiu para a ocorrência do resultado, será sua causa, independentemente da existência de outras. Deve-se, assim, eliminar mentalmente a condição através de um processo hipotético. Não ocorrendo o resultado, a condição é causa relevante e, portanto, ação relevante. Convém frisar que a crítica a essa teoria esbarra no absurdo de regressão mental infinita das condições determinantes ao evento danoso. É o exemplo clássico de responsabilização do fabricante do veículo pelo acidente ocorrido em decorrência de ação de motorista alcoolizado.

Já a teoria da causa adequada se amolda, de forma mais adequada, à órbita civil e à responsabilidade. Assim, admite-se como causa aquela que é mais consistente para a produção do resultado e não todas as condições que o provocaram. Se muitas foram as condições que contribuíram para a ocorrência do resultado, a causa será aquela que foi realmente determinante, afastando-se as demais. Caracteriza-se pela necessidade de um juízo de probabilidade, pois não será suficiente a condição de um resultado. Mais do que isso, é preciso que se trate de uma condição que normalmente, que provavelmente produza aquele resultado. Esta última teoria é recepcionada pela maioria da doutrina e adotada pela jurisprudência.

Conclui-se, em síntese, que o exercício mental deverá ser feito pelo julgador. Dessa forma, ele pode verificar se, além de concretamente a condição ser necessária para a realização do evento, também abstratamente seria eficaz para tanto. Se não a for, não se poderá falar em causa adequada e em responsabilidade constatada. Exemplo comumente encontrado em doutrina é caso de agressão que provoque lesão à integridade física do sujeito que já possuía prévia fragilidade orgânica e, em decorrência da agressão, sofre dano muito superior ao que sofreria uma pessoa sadia. Só se falará em presença nexu causal se o agente da lesão sabia ou deveria saber da fragilidade física do indivíduo.

A seguir, traz-se à colação decisão do Superior Tribunal de Justiça, em que adota a teoria da causalidade adequada, fixando a imprescindibilidade de demonstração do nexu causal para fins de responsabilização do agente.

Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, alínea a, da Constituição Federal, interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, assim ementado (e-STJ fl. 346): Apelação cível. Direito civil. Ação indenizatória. Danos morais e materiais não configurados. Ausência de nexu causal. Teoria da causalidade adequada. Artigo 159 do código civil de 1916. Recurso conhecido e improvido. 1. Segundo a Teoria da Causalidade Adequada, adotada por grande parte da doutrina e pelo STJ, nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão somente aquela que for mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realidade do evento danoso, cabendo ao julgador examinar cada caso; 2. Diante da situação fática apresentada, há de se entender afastado o nexu causal entre a conduta do Apelado e os resultados sofridos pelo Apelante, e, portanto, a obrigação daquele em indenizar este, já que o nexu de causalidade é elemento indispensável à configuração da responsabilidade; 3. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade.

O agravante alega violação ao artigo 186 Código Civil (art. 159 do Código Civil de 1916). Sustenta, em síntese, que há perfeito nexu causal entre a conduta do agravado, que prestou informações não verídicas à autoridade policial, e os danos sofridos pelo recorrente, ficando configurado o dever de

indenizar. Assim delimitada a questão, passo a decidir. Não assiste razão ao agravante. O Tribunal de origem, após minuciosa análise do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que não ficou configurado o nexo causal entre a conduta do agravado e os danos sofridos pelo agravante, nos seguintes termos (e-STJ fl. 351): Na situação fática presente, ficou configurada, por documentos e outros depoimentos testemunhais, uma mera conduta do Apelado, e possíveis danos materiais - pelo tempo em que o caminhão apreendido ficou parado, sem poder ser objeto do trabalho de transporte de cana-de-açúcar no serviço do Apelante, suas despesas com contratação de advogado - e ofensa à honra subjetiva, por ter sido discutida a participação deste em suposta adulteração de chasis de veículos. No entanto, inexistente o nexo causal entre a conduta do Apelado e os danos suportados pelo Apelante. É que as informações prestadas por aquele à entidade policial não apontaram qualquer possibilidade de ferir a moral do Apelante ou lhe atribuir, caluniosamente, a prática de um delito. Assim, correta a decisão agravada, visto que a revisão da conclusão do acórdão recorrido, como pretende o agravante, demanda o necessário reexame do acervo fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. Em face do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intimem-se.²³

Não se pode negar que outras teorias buscam também precisar qual a causa deve ser elevada ao patamar de geradora do dever de indenizar. Mas o fato é que se observa na jurisprudência uma tendência em se examinar concretamente a situação para daí então adotar esta ou aquela teoria que melhor se adequaria ao caso concreto. Diz-se assim haver também uma atenuação do elemento nexo causal, atuando o Poder Judiciário com uma margem de discricionariedade que acaba por estimular a proposição de pleitos de reparação focados mais na realidade da lesão suportada pela vítima do que na concreta imputação de responsabilidade do agente tido como lesante.

²³STJ, Agravo em Recurso Especial nº 58.827 – AL., Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 02/10/2013. Publicado em 09/10/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em 14.08.2015.

1.2.3 Dano

Elemento central da responsabilidade civil, o dano é fundamental para sua caracterização. Somente quando ocorre resultado, prejuízo ou repercussão em patrimônio, seja ele material ou imaterial, haverá que se falar em responsabilidade civil. Com efeito, dano é o evento que causa a outrem prejuízo, perda ou decréscimo em seu patrimônio, ou que afete negativamente a órbita imaterial das pessoas. A questão é facilmente visualizada quando o dano é patrimonial, pois é palpável e resulta de algo visível e concreto. Porém, como será visto ao longo deste trabalho, o dano moral, muitas vezes pouco visível, é aceito e reconhecido, provocando, em muitos casos, prejuízo severo ao indivíduo, mesmo que não perceptível.

Quando alguém é atingido, em sua honra e intimidade, pela ação de outrem, não se espera que suporte as consequências negativas dessa ação. Portanto, impõe-se a obrigação reparatória, independentemente do grau de visibilidade do dano. Sem dano, como registra Sergio Cavalieri Filho²⁴ haverá enriquecimento indevido para quem recebe e pena para quem paga, contrariando o primado da responsabilidade civil, que é reintegração do estado anterior. Acrescenta, ainda, que dano é lesão a bem jurídico, seja ele patrimonial ou moral, sedimentando o entendimento de que lesão indenizável tem conteúdo misto, não se limitando à afetação de bem material e concreto.

Há que se observar a necessária distinção entre dano material, moral e estético. Não poucas vezes, são misturados os conceitos referentes a essas três espécies de dano, gerando insegurança jurídica. Para Américo Luís Martins da Silva²⁵, a distinção entre dano moral e material não deve se prender à natureza do bem atingido, mas ao efeito,

²⁴CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p.71.

²⁵SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.39.

à consequência que produz na vítima. Pode ser lesado um bem patrimonial, mas o efeito ser de ordem moral, como também pode ser lesado um bem imaterial, mas o prejuízo verificar-se na esfera patrimonial.

A natureza do direito subjetivo atacado não é o elemento que permite dizer tratar-se de dano moral ou material, mas sim a repercussão da lesão sofrida, o resultado percebido, a consequência do ato de lesão praticado. Por vezes, a agressão a algum bem imaterial pode gerar prejuízo tanto patrimonial como não-patrimonial, da mesma forma que a agressão a algum bem material pode produzir prejuízo patrimonial e extrapatrimonial. Por esse motivo, Maria Helena Diniz²⁶ deixa patente que a distinção entre dano moral e dano material decorre da repercussão do prejuízo causado ao lesado.

Assim, por exemplo, uma lesão à integridade corporal, que é direito da personalidade, pode resultar em dano patrimonial. Verificar-se-ia o que se denomina dano emergente, traduzido pelas despesas suportadas, em razão da lesão, e em lucros cessantes. Estes caracterizam-se como um dano patrimonial indireto, resultante da impossibilidade temporária para o exercício de determinado trabalho. Poderia provocar, ainda, consequência imaterial de repercussão moral, bem como dano estético, que é compreendido com conteúdo específico e em si mesmo considerado.

Aqui, a questão toma contorno controverso, visto que as decisões dos tribunais são divergentes. Também os doutrinadores se dividem na análise dessa matéria. Alguns entendem que o dano estético está englobado no que se denomina dano moral. Já outros distinguem o dano moral, o dano estético e o dano material, embora admitam que podem

²⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7, 29 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.108.

ser cumulados e constatados em uma mesma situação e decorrentes do mesmo fato. Para essa corrente, os efeitos da lesão seriam considerados separadamente nessas três esferas de dano. Para a primeira linha de pensamento, o dano estético deve ser englobado no conceito amplo de dano moral. Seus adeptos não admitem que se dissocie e desmembre o dano estético do dano moral.

Segundo Humberto Theodoro Junior²⁷, no caso de lesões deformantes, poderá ocorrer tanto prejuízo material como moral. O primeiro é provocado por despesas de hospital e farmácia, entre outras, enquanto o dano moral é caracterizado pelo sofrimento causado pelo defeito físico resultante da lesão. Porém, afirma o citado autor que seria um excesso se indenizar pela lesão deformante e pelo abalo psicológico sofrido com a mesma lesão. Esclarece que seria um *bis in idem*, podendo gerar enriquecimento sem causa. Admite a possibilidade de exceção somente com relação às pessoas que trabalham diretamente com a imagem, como modelos e artistas, que assim teriam afetada a oportunidade de desenvolvimento normal no trabalho.

Mas, se a ideia é da não-comutatividade, não haveria nem mesmo que se falar nessa exceção, posto que o obstáculo à possibilidade de obtenção de trabalho tem conteúdo eminentemente patrimonial. Acrescente-se que todos os profissionais, de uma forma mais ou menos intensa, trabalham com a imagem e se definem socialmente em decorrência da aparência física. Afinal, cada profissão tem sua forma de apresentação, cada grupo tem sua identidade física, cada povo tem características que o particularizam. Assim, de forma mais ou menos intensa, a alteração física traz repercussão ao indivíduo, resultando, de forma concreta, em decréscimo patrimonial e, de forma abstrata, em

²⁷THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010, p. 27.

prejuízo moral. A se seguir essa linha de pensamento, o dano estético está compreendido no que, em sentido amplo, se entende por dano moral. Seria aquele uma espécie do que este último é gênero, devendo toda gama de dano não-concreto estar contida no arcabouço maior que se define como dano moral.

Outra vertente de pensamento entende que o dano estético afeta o indivíduo em suas relações pessoais, profissionais e sociais de forma específica. Portanto, não pode ser confundido com o dano moral *stricto sensu*. A imagem física deve ser considerada como um bem a ser protegido e examinado distintamente. Nesse sentido, foi editada a Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Esse entendimento foi adotado nos dois acórdãos transcritos a seguir, proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Recurso adesivo. Responsabilidade civil. Acidente de trabalho. Ação indenizatória. Fratura de ambas as pernas. Cicatrizes permanentes e atrofia generalizada dos membros inferiores. Comprometimento da marcha. Necessidade de muletas para deambular. Manobra de marcha a ré realizada por caminhão compactador do DAER. Atropelamento do obreiro. Danos morais e estéticos. Responsabilidade subjetiva da autarquia. Dever de indenizar. Versando a demanda sobre responsabilidade civil por acidente de trabalho, há presunção de culpa do empregador, a quem incumbe o encargo de demonstrar que adotou todas as diligências, cautelas e precauções necessárias e possíveis para evitar a ocorrência do infortúnio. O conjunto probatório demonstra que o DAER não diligenciou de forma eficaz para evitar o evento infortunistico em que restou vitimado o demandante, servidor público extranumerário estável, incapacitado permanentemente para o trabalho em virtude de sequelas irreversíveis de fratura de ambas as pernas, decorrentes de atropelamento por caminhão compactador que efetuava manobra de marcha a ré. Cicatrizes permanentes desde o terço proximal da coxa até o distal da perna esquerda e atrofia em ambos os membros inferiores. Dever de indenizar. Danos morais "in re ipsa". O dano moral decorre "ipso facto" da natureza corporal da ofensa, a ensejar violação a direitos da personalidade. Inexigível a prova do dano moral, eis que suficiente a demonstração da ocorrência do ato ilícito e do nexa causal. O dano moral existe "in re ipsa". Comprovada a lesão corporal incapacitante de cunho permanente, certamente afeta

a autoestima do lesado, pessoa relativamente jovem, daí resultando a extensão do dano moral. Danos estéticos. Possibilidade de cumulação da indenização com os danos puramente morais. Súmula 387 do STJ. Considera-se dano estético o que deriva de alterações significativas e duradouras na aparência e harmonia da pessoa, a tanto equivalendo àquele em que do ferimento resulta aleijão ou deformidade. É igualmente indenizável à luz do artigo 949, parte final, do código civil. Ademais, segundo a jurisprudência cristalizada na súmula 387 do STJ: "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral." "quantum" indenizatório arbitrado englobadamente a título de danos morais e estéticos. Majoração. Solução ajustada às peculiaridades do caso e extensão da ofensa. Sequelas graves e definitivas que perduram por toda a vida. Montante da indenização majorado em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Apelação principal desprovida. Recurso adesivo provido.²⁸

Corpo estranho deixado em paciente após realização de atroposcopia. Lâmina de bisturi. Negligência e imperícia. Ocorrência. Erro médico. Ilegitimidade passiva do hospital. Inexistência de vínculo empregatício. Inexistindo vínculo de preposição entre o hospital demandado e o médico contratado para efetuar o tratamento da autora, tampouco verificada a falha na prestação do serviço hospitalar, inviável o reconhecimento da legítima passiva do nosocômio réu. Precedentes do Colendo STJ e desta Corte. Responsabilidade médica. Art. 186 do código civil. São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. Hipótese em que restou devidamente demonstrada a conduta culposa por parte do réu, o qual deixou de verificar o equipamento utilizado na cirurgia após o procedimento, não constando o desprendimento de lâmina que ficou alojada na paciente. Sentença reformada. Dano moral. Configuração. Evidenciados a dor e o sofrimento suportados pela autora, a qual ficou por aproximadamente oito meses com uma lâmina alojada em seu joelho, sentindo dores em razão de tal fato, sendo necessária a realização de novo procedimento para a retirada do corpo estranho, resta caracterizado o *danum in re ipsa*, que prescinde de prova quanto à ocorrência de prejuízo concreto. Precedentes desta Corte. Quantum indenizatório. Fixação. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum de R\$ 12.000,00, acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, se mostra razoável e proporcional. Dano estético. Inocorrência. O dano estético consiste em lesão capaz de causar desgosto,

²⁸ TJRS, Nona Câmara Cível. Apelação n.º 70057454258. Relator: Desembargador Miguel Ângelo da Silva. Julgado em 27/05/2015. Publicado em 01/06/2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 10.09.2015.

complexo e abalo à autoestima da vítima, devendo ter efeito permanente ou de grande duração. Hipótese em que a parte autora não logrou demonstrar a configuração do dano estético decorrente do evento danoso, ônus que lhe incumbia, a teor do disposto no art. 333, I, do CPC, mormente por medir a cicatriz no joelho apenas três centímetros. Ilegitimidade passiva do nosocômio reconhecida. Apelação da autora parcialmente provida.²⁹

Em ambos os acórdãos, percebe-se o entendimento cristalino quanto à pertinência de cumulação do pedido reparatório por dano estético e moral, como figuras distintas. No primeiro, é afirmada a possibilidade de coexistência do dano moral e estético, mas a indenização foi fixada de forma englobada. De melhor técnica seria o arbitramento em separado, na medida em que propiciaria a verificação dos fundamentos que levaram à apuração de valores reparatórios para as duas espécies de dano. A separação no estabelecimento de valores é importante tanto para a vítima quanto para o agente. Isto porque podem reconhecer claramente os montantes reparatórios, auxiliando em eventual exercício do direito de recorrer de uma ou de ambas as fixações. Para André Gustavo Corrêa Andrade³⁰, o arbitramento diferenciado é positivo, uma vez que traz transparência à elaboração intelectual do juiz, evidenciando os elementos observados e sopesados para a elaboração do cálculo de reparação.

Já no segundo acórdão, foi reconhecida a possibilidade de cumulação. O dano moral foi identificado, alegando-se que a vítima suportou dores, incômodos e sofrimentos decorrentes da negligência do médico. Entretanto, o tribunal não reconheceu o dano estético causado

²⁹ TJRS. Décima Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70064588148. Relator: Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 28/05/2015. Publicado em 09.06.2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 10.09.2015.

³⁰ CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.84.

pela presença de cicatriz no joelho. Realmente, para a caracterização do dano estético, é indispensável que o erro médico resulte em deformação real e substancial, sob pena de se banalizar o instituto. De modo geral, as pessoas possuem marcas em seus corpos, que o tempo se encarrega de criar pelas ocorrências normais da vida. Dessa forma, só poderá ser considerado dano estético aquele que provoque real abalo à imagem física do indivíduo.

Afirma Maria Helena Diniz³¹ que o dano estético provoca uma alteração morfológica nas pessoas, como aleijão, deformidades ou marcas que resultem em alguma deformação no corpo da vítima. Por sua vez, André Gustavo Corrêa Andrade³² define dano estético como o defeito, deformidade ou alteração da aparência, gerando consequência estética desagradável ou constituindo causa de complexo e desgosto. Portanto, o dano estético deve ser considerado como aquele que produz alteração física permanente ou de longa duração no corpo humano e que não é passível de correção, seja pelo tempo, seja por procedimentos médicos, provocando uma mudança substancial na imagem do lesado. Os danos imateriais, tais como sofrimento, abalo e dor, decorrentes da ação ilícita do agente, configuram o dano moral a ser ressarcido.

Dessa forma, dano estético é aquele que atinge a aparência física do indivíduo. Pode ser caracterizado como uma marca indelével, um corte que deixa significativa cicatriz e também em caso de amputação de membros ou perda de órgão. Assim, o dano estético é efetivamente o que resulta em alguma espécie de deformação visível e que, por isso, provoca constrangimento na vítima. Ele estará caracterizado tão só quando fica constatado que o indivíduo sofreu algum prejuízo em sua imagem, suportou uma piora significativa na aparência, provocando desconforto em si mesmo e perante a sociedade. Em sentido oposto,

³¹DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.100.

³²CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. Op. cit., p. 81.

mesmo que tenha havido significativa mudança na aparência física, mas se for para melhor, não se poderá falar em dano estético, embora a transformação não tenha sido desejada.

Segundo esclarece Arnaldo Rizzardo³³, para caracterizar-se essa forma de dano, deve-se observar a deformidade física ou perda de um sentido ou órgão, e a repercussão no indivíduo, que se vê privado de sua imagem anterior, com inegável prejuízo em sua aparência. Significa que, além de atingir o aspecto físico, o dano atinge também a órbita psicológica do indivíduo. Nessa linha de raciocínio, a cumulação de danos deverá ser aceita quando, decorrentes do mesmo fato, tanto o dano estético como o dano moral possam ser percebidos distintamente. O fato que os ensejou foi o mesmo, mas a consequência é o afeiamento, bem como a repercussão moral decorrente do dano.

Neste tipo de dano, de forma ainda mais clara, surge o grande problema da fixação dos valores reparatórios. Como se sabe, seja quando ocorre dano estético ou dano moral propriamente dito, o arbitramento é realizado com base em critérios abstratos. A rigor, não se trata de efetiva indenização, pois é impossível o retorno da situação anterior. Em outras palavras, os dois tipos de dano são insuscetíveis de apuração material ou financeira. Por esse motivo, os critérios para a fixação indenizatória deverão ser explicitados, evitando-se que os mesmos fundamentos utilizados para um o sejam para o outro, fato que poderia caracterizar um *bis in idem*. Transcreve-se, nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Apelações cíveis. Direito do consumidor. Autora que se submete à cirurgia de hérnia de disco no estabelecimento da 2ª ré conveniada da 1ª. Operação que acarretou paralisia permanente do lado esquerdo do seu corpo. Erro médico. Não comprovação. Autora que não é devidamente informada sobre os riscos da cirurgia. Dever de indenizar. Dano moral e estético

³³RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.223.

configurados. Pensão vitalícia. Cabimento. A obrigação assumida pelo médico na prestação dos serviços contratados é de meio e não de resultado, posto que o objeto médico não é a cura- resultado-, mas sim a prestação de cuidados e atenção. A responsabilidade objetiva da sociedade empresária do ramo de saúde só exsurge, em regra, quando comprovado o erro médico. O laudo pericial realizado nos autos de fls. 361-371 concluiu que não houve qualquer irregularidade na operação, tendo sido a cirurgia o procedimento mais adequado para tratar a paciente das fortes dores que sentia. Contudo, não basta a inexistência de erro para que o hospital não responda pelos danos causados ao paciente. O nosocômio está inserido no conceito de fornecedor de serviços, de acordo com o art. 3º da Lei nº. 8.078/90 (CDC), devendo observar, no exercício de suas atividades, as regras ali contidas e uma delas é o dever de informação adequada. Inexistência de comprovação de que a autora foi cientificada corretamente sobre os riscos da cirurgia a que iria se submeter. Portanto, a responsabilidade da 2ª ré exsurge não do erro médico, mas sim da ausência de informação à autora sobre os riscos da operação. Lado outro, a alegação de que não foi deferida a inversão do ônus da prova, razão pela qual a sentença deveria ser anulada, não procede. Isto porque, tratando-se de relação de consumo, a inversão do ônus da prova ocorre por força de lei, de acordo com o art. 14 do CDC. Assim, basta à autora provar a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre eles para cumprir o que determina o art. 333, I, do CPC, tendo as rés os ônus de provar fato desconstitutivo do direito da autora, a teor do que dispõe o art. 333, II, do CPC, o que não sucedeu nos autos. A responsabilidade objetiva da 1ª ré decorre do art. 7º, § único, c/c art. 25, § 2º, ambos do CDC, visto que elegera a 2ª ré como uma de suas credenciadas a prestar serviços médicos, auferindo lucro com este negócio, devendo responder pelos danos que esta cause aos pacientes no exercício de suas atividades. A perícia médica comprovou a ocorrência de danos estéticos, tendo sido o valor reparatório fixado na sentença de montante razoável, não merecendo qualquer reparo, bem como a pensão de um salário mínimo a que faz jus a autora em decorrência da sua invalidez permanente. O valor da reparação por dano moral também foi corretamente fixado, considerando que a autora será obrigada a conviver com uma paralisação do lado esquerdo do seu corpo pelo resto da vida. Importa destacar, por fim, à parte recorrente a distinção entre o fato gerador da obrigação previdenciária e da obrigação de indenizar. Nesta, o fato gerador advém do ilícito civil, enquanto naquela do preenchimento de condições legais suficientes para a obtenção do seguro. Portanto, o fato de ter sido concedido benefício previdenciário a parte autora não elide a obrigação das rés de a pensionarem, devendo a pensão e o benefício previdenciário ser pagos de forma independente um do outro. Recursos conhecidos e negado provimento.³⁴

³⁴TJRJ, Vigésima Terceira Câmara Cível. Apelação nº. 0011883-97.2009.8.19.0203.

A identificação do dano estético, de forma independente do dano moral, deve ser entendida como legítima, visto que são atingidos bens distintos, resultando em repercussões danosas diferentes. Não se pode, diante de uma inicial dificuldade de precisão, enquadrá-lo como componente da mesma classe de dano moral. Para trazer maior clareza ao raciocínio, cita-se o exemplo de um indivíduo que sofre um acidente automobilístico de gravidade acentuada. Além dos efeitos traumáticos produzidos pelo acidente, esse indivíduo perde a mão. Sem embargo da ocorrência de dano material, podem ser visualizados dano moral e dano estético decorrentes do mesmo evento, mas com repercussões diversas.

Conforme será abordado em capítulo próprio deste estudo, ocorreu o dano moral, como abalo, sofrimento e dor suportados pelo indivíduo. Esse estado psíquico deve ser entendido como ato de lesão a direito da personalidade, ato de violação da dignidade humana. Assim, no exemplo dado, o dano estético deve ser visto como elemento apartado do dano moral, na medida em que com ele não se confunde. Ademais, é importante perceber que admitir-se a existência distinta de dano moral e dano estético concretiza o princípio da reparação integral da lesão, que deve ser buscado pelo aplicador do direito.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA COMO SUSTENTAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL AO SUJEITO E BASE DA REPARAÇÃO POR DANO MORAL

A Declaração Universal de Direitos Humanos preceitua, em seu art. 1º, que os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Acrescenta que, dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade³⁵. A dignidade, assim, é atributo inato de todos os seres humanos, independentemente de suas características individualizantes. Emerge da própria existência e possui igual conteúdo para a espécie humana, sem que se possa fazer juízo de valor acerca de condutas, características ou procedimentos.

Como atributo que existe por si só, é elemento presente nas pessoas, mesmo que despidas de consciência ou de vontade. Nasce com o sujeito e faz parte integrante dele como elemento de sua condição de ser humano. Por esse motivo, não há que se falar em maior ou menor grau de dignidade, visto que ela existe de igual forma em todos os indivíduos. É a igualdade fator de definição da dignidade, sendo imprescindível para a percepção desse princípio fundamental. No mesmo patamar da igualdade, situa-se a liberdade como elemento definidor da dignidade. É também elemento imprescindível para o exercício de opções, reflexões, manifestações de pensamento, sem cerceamentos que não os inerentes do mesmo direito à dignidade dos outros indivíduos.

³⁵Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Conforme anota André Gustavo Corrêa Andrade³⁶, conceituar dignidade é tarefa extremamente difícil, porque traz ínsita uma complexidade inerente ao próprio conceito. Não é possível definir, de forma absoluta e precisa, o que é dignidade, na medida em que seus componentes de definição são abstratos. Assim, só diante da concretude da realidade, dos dados sociais, históricos e jurídicos de determinada sociedade e época, poder-se-á dizer o que é dignidade naquele contexto. As mudanças de pensamento de cada época, os conceitos e os costumes alterarão, de forma significativa, uma definição anterior, que deverá mesmo possuir essa maleabilidade para se adequar a cada momento histórico. Porém, a abstração e a volatilidade do conceito não lhe conferem fragilidade. Ao contrário, reforçam sua existência pelo fato de permear a realidade dos indivíduos, variando de acordo com a complexidade de sua vida em comunidade.

O princípio constitucional fundamental dá sustentação à relevância que a sociedade brasileira atribui ao reconhecimento da dignidade humana, com preponderância para sua proteção e defesa. Além de estampada no art. 1º da Carta Magna, está presente em diversos outros dispositivos, apontando para a grandeza de seu significado. Sem dúvida, é no princípio da dignidade humana que a compensação por dano moral busca seu sustentáculo. A Constituição Federal³⁷ expressamente

³⁶CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14.

³⁷Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

reconhece a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito, conferindo-lhe valor de elevada importância na estrutura jurídica constitucional. Examinando os ensinamentos de Kant, Maria Celina Bodin de Moraes³⁸ destaca que, na atualidade, existe o valor materializado no preço e o valor traduzido na dignidade. O primeiro representa o valor exterior, o valor das coisas; o segundo expressa o valor interior, que é a dignidade, e está afeto aos indivíduos.

Consagrada como fundamento do Estado democrático de direito, a proteção da dignidade humana deve ser forte e ampla o suficiente para a garantia de sua proposta constitucional. Entendida como valor intrínseco dos indivíduos, não há como negar que o reconhecimento do dano moral e o consequente direito à compensação são lastreados nesse fundamento. Ele fornece a base para seu reconhecimento e utilização na esfera da responsabilidade civil. O patrimônio imaterial, consubstanciado em direitos da personalidade e em direitos fundamentais, ganha grande relevância, por ter sua base na proteção à dignidade da pessoa humana. Portanto, a compensação pela ofensa a esses direitos nasce como consequência necessária da garantia ao fundamento constitucional. O ser humano passa a ser visto e protegido em sua completude e como detentor de patrimônio material e moral.

Na aplicação do direito, atendendo e respondendo à demanda, a visão do magistrado tem que contemplar o fundamento constitucional do reconhecimento da dignidade humana como objeto de proteção ampla. No exercício de sua função jurisdicional, deve cumprir a vontade constitucional como imperativo de direcionamento. Daniela Courtes

V - o pluralismo político.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 137.

Lutzky³⁹ afirma que a base da reparabilidade do dano moral encontra-se nos direitos fundamentais. Estes necessitam de postura ativa do Estado, no sentido de apresentar ao indivíduo uma resposta satisfatória, quando tais direitos são violados. Acrescenta que o conteúdo dos direitos fundamentais pode advir da dignidade da pessoa humana, a qual encontra sua gênese no respeito e proteção da integridade física e moral do sujeito.

A dignidade expressa a mais primária e, ao mesmo tempo, a mais sofisticada essência de respeito ao ser humano. Por isso, deve ser buscada por qualquer sociedade civilizada. Assim, a partir das dimensões de igualdade e liberdade que a compõem, emana a imprescindibilidade de sua garantia, que deve ser buscada em caráter preventivo e prévio. Deve também ser acompanhada da necessária reparabilidade como lenitivo para situações de violação ao patrimônio imaterial que compõe a essência da dignidade da pessoa humana.

O art. 5º da Constituição Federal enumera, com destaque, os direitos individuais. São relacionados vários direitos que acabam por desaguar no primado da igualdade e da liberdade em sentido amplo. Do exame desse imenso rol de direitos, fica patente que todos os dispositivos constitucionais estão permeados pelo fundamento da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º da Carta da República. Todos eles têm como tela de fundo o primado da dignidade, como garantidora de todas as nuances da personalidade do ser humano, como ente individualizado e único.

No art. 5º⁴⁰, é expressamente assegurado direito à indenização por dano moral. Inserido no título que trata dos direitos e garantias

³⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação dos danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.197.

⁴⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

fundamentais, não há como contestar a relevância dada à reparação de dano imaterial. Incluído como um dos direitos fundamentais, passa a ser componente do conjunto de prerrogativas inerentes à dignidade da pessoa humana. O respeito à vida, à integridade física e moral, à intimidade, à igualdade e à liberdade são requisitos imprescindíveis para que o ser humano seja plenamente respeitado em sua dignidade. Nesse aspecto, a atuação do juiz é de grande relevância, devendo identificar a presença de direitos fundamentais a serem protegidos, seja como medida preventiva, seja como contrapartida reparatória.

Nessa linha de pensamento, os direitos da personalidade, que dão corpo ao que se entende por dignidade da pessoa humana, fazem uma grande intercessão com os direitos fundamentais, também suporte do mesmo fundamento constitucional. Ressalta Daniela Courtes Lutzky⁴¹ que a personalidade é o primeiro bem jurídico pertencente ao indivíduo, na medida em que, com ela, são adquiridos os demais valores

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴¹LUTZKY, Daniela Courtes. Op. cit., p.198.

integrantes da personalidade. Acrescente que os direitos da personalidade têm por objeto proteger as várias facetas do indivíduo e suas expansões, prestando-se prioritariamente a assegurar a dignidade da pessoa humana. O indivíduo deve ser protegido pelo que tem e, especialmente, pelo que é. Esse patrimônio pessoal e intrínseco é justamente o suporte que conduz à necessidade de proteção ao ser humano como detentor de dignidade.

Assim, qualquer afronta à personalidade do ser humano e à sua integridade moral resulta em dano imaterial, atingindo sua órbita extrapatrimonial. Com a contrapartida compensatória, dá-se uma relativa materialização do dano moral. Por esse motivo, a possibilidade de reparação material surge como ato legítimo, tendo em vista à necessidade de proteção a esse bem e ao indivíduo, em sua integralidade. Transcreve-se abaixo decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, expressando a existência de círculos concêntricos que caracterizam o indivíduo. São eles que dão sustentação ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Em sua essência, indicam que o dano moral atinge um dos direitos fundamentais, no caso, o da personalidade, protegido constitucionalmente.

Apelações cíveis. Responsabilidade civil do estado do Rio Grande do Sul. Prisão política ilegal, sevícias e tortura. Prescrição incorrente. Imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar. Dignidade da pessoa humana. Danos morais. Quantum. Honorários sucumbenciais. 1. Da imprescritibilidade dos direitos e garantias fundamentais. 1.1. Não há que se falar em prescrição em demanda que visa reparar danos morais decorrentes de tortura praticada durante período de exceção do Estado, cujos agentes públicos extrapolaram os poderes de polícia, utilizando métodos desumanos para obter objetivos escusos. 1.2. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e a tortura o mais expressivo atentado a esse pilar, de sorte que reconhecer a imprescritibilidade dessa lesão é uma das formas de dar efetividade à missão de um Estado Democrático de Direito, reparando odiosas desumanidades praticadas na época em que o país convivia com um governo autoritário e a supressão

de liberdades individuais consagradas. (Apelação Cível n. 70037772159, j. em 20.04.2011, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto) 1.3. Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, em face do caráter imprescritível das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar, não há que se falar em aplicação do prazo prescricional do Decreto 20.910/32 (AgRg no Ag 1428635/BA. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, DJe 09/08/2012). 2. Questões de mérito. 2.1. A responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul por atos danosos praticados por seus agentes de segurança é de natureza objetiva, nos termos do § 6º do art. 37 da CF. 2.2. No caso dos autos, restaram incontroversas a prisão ilegal e as torturas a que foi submetido o autor. 2.3. O reconhecimento administrativo por parte do Estado da existência de conduta ilícita por parte de seus agentes públicos, com a outorga de indenização no valor de R\$5.000,00, não afasta o direito do autor de buscar complementação da indenização, para adequá-la à importância e extensão dos danos sofridos. O valor pago administrativamente vale mais como um reconhecimento público dos erros estatais cometidos naquele período e um pedido formal de desculpas aos cidadãos lesados. Seu valor é mais simbólico do que efetivamente reparatório, uma vez que os danos sofridos pelo autor - e pelas demais vítimas da repressão - foram, na verdade, irreparáveis. O valor recebido administrativamente serve apenas como uma compensação parcial dos danos. 2.4. Como sequelas dos atos praticados pelos agentes estatais de segurança, nos três dias em que esteve detido, o autor narrou ter sido acometido de depressão e convulsões, além de labirintite, usando, desde então, medicação constante. 2.5. Na mensuração do valor dos danos morais, e invocação de passagem de obra clássica de Wilson Melo da Silva, em que cita texto do antigo direito hebraico, em que se indaga: "Como se estima a dor? Estima-se a dor levando-se em conta o que um homem, como a vítima, quereria receber para suportar o mesmo sofrimento". À luz dessa antiga sabedoria, seria de se perguntar: Quanto de dinheiro algum de nós aceitaria receber para padecer do mesmo sofrimento, ser submetido às mesmas agruras e levar consigo até o túmulo as graves sequelas referidas nos autos? 2.6. No caso dos autos, a indenização foi fixada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com os consectários legais incidentes a partir da data do arbitramento, o que representa montante compatível com a situação retratada nos autos. 4. Honorários de sucumbência que comportam majoração para 10% sobre o valor da condenação".⁴²

⁴² TJRS, Nona Câmara Cível, Apelação Cível nº 70061274932. Relator: Desembargador Eugênio Facchini Neto. Julgado em 29/04/2015. Publicado em 06/05/2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main> res juris. Acesso em 05.09.2015.

É incontestável que a Constituição Federal assegura proteção ao patrimônio imaterial do indivíduo. Deixa expresso, logo em seus primeiros dispositivos, que esse bem está classificado como direito da personalidade e direito fundamental. Tem como respaldo o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, que é o eixo central da Carta Magna. Ademais, com o objetivo de atribuir mais força à proteção dos direitos e garantias individuais, estes foram erigidos como uma cláusula pétrea constitucional. Trata-se, portanto, de norma blindada pela garantia da não abolição de seu conceito e conteúdo. É, de fato, o que preceitua o art. 60, §4º, inciso IV⁴³, da Magna Carta, ao dispor que o Congresso Nacional não deliberará sobre proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Conforme enfatiza Rizzatto Nunes⁴⁴, a busca pela justiça deve ter por base o ser humano, que deve ser respeitado em sua completude. Significa que toda decisão judicial deve objetivar o respeito e proteção à dignidade humana. É ela o princípio que direciona para o asseguramento de todos os direitos e garantias individuais. O autor exalta a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, que deve ser assegurado de forma plena.

⁴³§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

⁴⁴NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin. 2009, pp. 427-434.

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵ que, por sua relevância no corpo constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para a conexão entre os direitos fundamentais e os demais direitos previstos na Carta Magna. Torna-se referência interpretativa, de modo que o foco volta-se para decisões que preservem e garantam a dignidade e a integridade da pessoa humana, observado os direitos sempre como substrato do princípio, como um norteador de conduta de exame. Ampliando o raio de aplicabilidade desses princípios, a própria Constituição, em seu art. 5º, § 2º⁴⁶ prevê que os direitos e garantias, constantes expressamente em seu texto, não afastam o reconhecimento de outros que sejam decorrentes dos princípios nela estampados.

Importa dizer que o constituinte de 1988 não pretendeu estabelecer um rol exaustivo e fechado de direitos, possibilitando uma interpretação consentânea com as diretrizes principiológicas traçadas pela Lei Maior. Nessa visão interpretativa, não se pode admitir que o operador do direito faça restrições. Ao contrário, deve observar o comando normativo, sob pena de banalização e descrédito de tão importante princípio.

Em síntese, o patrimônio imaterial do indivíduo, como direito da personalidade e direito fundamental, tem proteção e suporte no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, está resguardado como direito constitucional definitivo e escudado como cláusula pétrea pela Carta Constitucional. Portanto, a atuação do intérprete, seja nos exames

⁴⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e a problemática dos assim chamados “novos” direitos: algumas aproximações à luz da experiência constitucional brasileira*. In Estudos de direito público e filosofia do direito: um diálogo entre Brasil e Alemanha..TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (coord.). Rio de Janeiro. Renovar. 2011, pp. 146-148.

⁴⁶Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

doutrinários, seja na construção jurisprudencial, é de fundamental importância. Cabe-lhe fortalecer as raízes estruturais do reconhecimento do indivíduo contemporâneo como sujeito multifacetado e complexo, detentor de proteção ampla do Estado para o aprimoramento civilizatório e, em última análise, para o alcance da paz social.

CAPÍTULO III - CONCEITO DE DANO MORAL

É importante a observação de que, no Brasil, não se faz efetivamente uma distinção entre dano moral, dano extrapatrimonial ou imaterial. Com efeito, a maioria expressiva dos estudiosos e aplicadores do direito trata dano moral como gênero e não como espécie de dano extrapatrimonial. A definição dessa espécie de dano é matéria em frequente evolução e mudança, sendo revista e reestruturada em julgados e em exames doutrinários. Talvez por isso, não seja adequado se esperar uma definição legal, visto que traria uma restrição conceitual não desejada. Além disso, limitaria a construção do seu conteúdo com base na evolução do que espera a sociedade em ver reconhecido como dano moral.

A existência, o reconhecimento e o direito à reparação no que diz respeito ao dano moral são incontestáveis e firmam uma realidade sem possibilidade de retrocesso. Mas é certo que a conceituação e a ótica de exame não têm uma linha única. Ao contrário, observam-se linhas de pensamento conceitual que caminham em sentidos divergentes, todas tentando construir o lastro para o desenvolvimento da proteção à esfera imaterial do indivíduo. Ante esse fato, serão examinadas, a seguir, as três principais correntes doutrinárias existentes no Brasil e a aplicação jurisprudencial do instituto. Feito isso, passa-se à análise da conceituação da doutrina portuguesa e sua repercussão nas decisões judiciais.

3.1 Conceito de dano moral por seu conteúdo negativo

A grande maioria dos conceitos de dano moral tem conteúdo negativo, na medida em que é entendido a partir de um processo de exclusão. Dano moral seria aquele que não afeta o patrimônio e causa

dor moral à vítima. Seria o contraponto do dano material. Assim, causando sofrimento e abalo, mas sem trazer perda patrimonial, evidencia-se como dano moral. Segundo Wilson Mello da Silva⁴⁷, trata-se de lesão suportada pelo indivíduo a direito de seu patrimônio ideal.

Para José de Aguiar Dias⁴⁸, quando o dano não possui natureza de dano patrimonial, está-se diante de um dano moral. Segundo esclarece, a diferença não se origina da natureza do direito ou do bem lesado, mas do resultado da lesão, de sua consequência sobre a vítima ou lesado. Já Pontes de Miranda⁴⁹, discorrendo sobre o tema, assinala que será dano não-patrimonial aquele que, afetando o indivíduo, não lhe atinge o patrimônio. Faz-se, assim, um paralelo entre dano patrimonial e não-patrimonial. A crítica que se faz a essa definição é que conteria, na verdade, uma redundância, não esclarecendo efetivamente o que é o dano moral. A utilização de expressões contrárias não daria real suporte ao que se pretende precisar pelo conceito. Afirma-se a inconsistência dessa primeira linha de tentativa conceitual, justificando-se que nada ela define. É certo que o conceito negativo não tem capacidade de definir o instituto e acaba por indicar uma imprecisão pouco aceitável.

Examinando-se os argumentos dos autores citados em torno da definição de dano moral, observa-se que o conceito não pode ser tido como errôneo, como pretendem alguns. Na verdade, trata-se de um conceito incompleto, necessitando de elementos mais complexos e consentâneos com as relações interpessoais da atualidade. Com efeito, em algumas situações, a caracterização de dano moral se mostra em

⁴⁷SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.246.

⁴⁸DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.839.

⁴⁹PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações*, tomo 26, Rio de Janeiro: Editora Borsoi. 1959, p. 57.

real contraponto ao dano material. Mas nem por isso os contextos podem ser considerados caracterizadores apenas de dano moral. Assim, apesar de ser um aspecto ou uma forma de constatação de dano moral, essa ocorrência não é suficiente para definir todas as suas possibilidades.

3.2 Conceito de dano moral como alteração do estado anímico

Entendendo a conceituação de dano moral com foco impreciso de exclusão, outra parte da doutrina procura se afastar de uma definição negativa. A partir dessa observação, seus adeptos definem o dano moral por meio de elementos anímicos e psicológicos. Em consequência, o dano moral estaria relacionado com a dor, a tristeza, a angústia, a humilhação e também com a dor física. Nesse sentido, Silvio Rodrigues⁵⁰ assevera que dano moral seria a dor ou a tristeza que se causa injustamente a outra pessoa. Seria, assim, caracterizado como a dor sob suas variadas faces, agregada à ideia de sofrimento e sem conteúdo material visível.

Antonio Jeová Santos⁵¹ filia-se à linha teórica que destaca o resultado do ato como caracterizador do dano moral indenizável. A consequência do ato danoso é que deverá ser precisada. Sob essa ótica, dano moral seria o resultado da ação lesante, de modo que o ato injusto de lesão, por si só, não seria indenizado. Somente teria essa repercussão na medida em que trouxesse o resultado, a consequência na esfera imaterial do sujeito. Constatando-se que o ato repercute no bem-estar, na tranquilidade e no estado de espírito do indivíduo, há dano moral passível de compensação.

⁵⁰RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206.

⁵¹SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais 2003, p. 93.

Esse raciocínio parece também insuficiente, na medida em que não se poderia falar em dano moral diante de situações envolvendo crianças, portadores de sofrimento mental e pessoas que, pela própria natureza, são menos sensíveis. Assim, não seria razoável aceitar esse tipo de exclusão pela própria impossibilidade de se admitir tratamento diferenciado no reconhecimento de direito. Tal entendimento feriria o princípio da igualdade previsto constitucionalmente.

Dessa forma, mesmo diante da clara ação ilícita geradora de dano, diante da impossibilidade de percepção da lesão pela vítima, não se poderia falar em dano moral a ser compensado. É evidente que tal raciocínio não se afigura lógico e aceitável. Essa espécie de limitação representaria um retrocesso indevido, diante do que se pretende hoje com a responsabilidade civil. Na atualidade, o principal foco direciona-se à necessidade de reparação, até mesmo em seu aspecto preventivo. Portanto, estar-se-ia na contramão da evolução do instituto, caso se excluísse a responsabilização daquele que atinge vítimas vulneráveis. Por tais argumentos, também essa forma conceitual não satisfaz.

Ponderam os opositores dessa corrente que as alterações psíquicas seriam uma consequência do ato de lesão, não se podendo tomar um pelo outro. Assim, o dano seria o antecedente e o abalo moral seria o consequente, não podendo este último ser fator de definição conceitual. Alegam que várias situações de sofrimento, angústia, dor e tristeza são percebidas diuturnamente pelos indivíduos, em suas relações sociais, e nem por isso se poderia falar em dano moral a ser indenizado.

Com efeito, não se pode dizer que os vários fatos que trazem repercussão de dor, tristeza, abalo emocional ou angústia sejam situações caracterizadas como dano moral. Nesse aspecto, retoma-se o argumento apontado com relação à linha teórica anterior. Apesar de, por

vezes, constatar-se o dano moral com a presença desses elementos, eles não podem ser únicos e menos ainda a essência de uma pretensão conceitual. Percebe-se, então, a necessidade de se agregarem linhas conceituais, para que se possa atingir o que hoje se entende e se reconhece socialmente como lesão moral indenizável.

3.3 Conceito de dano moral como ato de lesão a direito da personalidade

Adotando uma terceira linha de pensamento, Sérgio Cavalieri Filho⁵² sustenta que o dano moral deve ser conceituado à luz da Constituição Federal. Como se sabe, a Carta Magna consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado democrático de direito. Assim, o dano moral não está atrelado necessariamente à dor psíquica, mas afeto a qualquer violação do direito de dignidade. Não se restringe, portanto, a sentimentos como dor, tristeza, sofrimento, ansiedade e angústia, alcançando, em sua tutela, todos os direitos personalíssimos.

Esclarece o referido autor que, a exemplo do direito português, o direito brasileiro deveria utilizar a expressão “dano não-patrimonial” ou “dano imaterial”. Justifica que a expressão “dano moral” seria restritiva e não se coadunaria com o conceito que o instituto comporta. Assim, com base nesse conceito, poderá haver dano moral sem a ocorrência de dor ou sofrimento. *A contrario sensu*, poderá haver vexame, dor ou sofrimento, sem que ocorra agressão à dignidade, não havendo, portanto, dano moral.

⁵²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2008, pp. 79-81.

Essa linha teórica que conceitua o dano moral como lesão a direito da personalidade é criticada por Antonio Jeová Santos⁵³. Não se nega que essa tese está amparada constitucionalmente, pois o art. 5º, X, da Constituição Federal faz menção à sua existência, juntamente com a previsão da proteção aos direitos da personalidade. Todavia, entendendo-se apenas por esse prisma, estar-se-iam nivelando, de forma única, as lesões constatadas em situações diferentes. E isso resultaria em uma fixação reparatória equivocada e tabelada. Adotando-se essa visão, a lesão moral pela perda de um parente seria igual em caso de ter falecido um pai de família ou um jovem sem dependentes econômicos.

Acrescenta o citado autor que, ao se aceitar esse raciocínio, estar-se-iam desconsiderando e desconhecendo os valores da vida, da honra e da intimidade que, por essência, não têm conteúdo econômico. Segundo sustenta, para a adequada fixação reparatória, deverá ser aferida a repercussão do dano. A crítica feita pelo autor, no entanto, não impede, afasta ou desmerece a linha conceitual defendida por Sérgio Cavalieri Filho. Na verdade, entendendo-se o dano moral como ato injusto de lesão, no momento da fixação reparatória, serão levadas em conta as peculiaridades e particularidades de cada situação. Não se vê, assim, qualquer motivação substancial para se rejeitar o conceito. Pelo contrário, ele tem sido, atualmente, o mais aceito por atender as questões da sociedade contemporânea que percebe o dano como a ação lesante a bem personalíssimo juridicamente protegido. Não se pode mais vincular estritamente dano moral aos sentimentos de dor e tristeza, devendo a tutela envolver todos os bens personalíssimos e, portanto, qualquer lesão a direito da personalidade.

Com base nesses argumentos, a definição do dano moral deve ser balizada pela diretriz da Constituição Federal que considera o indivíduo

⁵³SANTOS, Antonio Jeová. Op. cit., pp. 92 e 93.

como o centro do ordenamento jurídico, sendo seus direitos passíveis de proteção específica. Como se observa, a dignidade humana foi colocada pelo constituinte como ápice de princípio constitucional fundamental⁵⁴. Assim, alçou a questão atinente ao dano moral a outro patamar, visto que a dignidade humana está intrinsecamente ligada à higidez moral do sujeito. O dano moral seria, então, a agressão ao direito de dignidade, estando nela contido o direito à vida privada, à imagem, à honra e à intimidade como proclama o art. 5º da Constituição Federal⁵⁵.

Essa conceituação dá suporte a uma tese mais abrangente. Portanto, mesmo que as pessoas não possuam capacidade mental hígida ou completamente formada, são, inegavelmente, sujeito de direitos e merecedoras de proteção à sua dignidade, à sua integridade e a todas as prerrogativas inerentes à personalidade. Os direitos da personalidade possuem conteúdo próprio, independentemente de patrimônio material que deve ter proteção específica e consentânea com sua natureza. Tais prerrogativas, no dizer de Sérgio Cavalieri Filho⁵⁶, envolvem os novos direitos da personalidade, como bom nome, imagem, reputação, convicções políticas e direito autoral. Em consequência, a

⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:[...]

III - a dignidade da pessoa humana; [...]

⁵⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., pp.74-75.

violação a dano moral, nos dias atuais, engloba diversos graus de ofensa à pessoa em sua dimensão individual e social.

3.4 Conceito de dano moral em Portugal

Em Portugal, tal como no Brasil, utilizam-se as expressões “dano moral” e “dano não-patrimonial”, na grande parte das vezes, como sinônimas. Esclarece Rui Soares Pereira⁵⁷ que a expressão “dano moral” era, majoritariamente, utilizada durante a vigência do Código de Seabra. Atualmente, por influência de Vaz Serra, a expressão “dano não-patrimonial” é a mais empregada. Em seu significado, inclui o dano moral propriamente dito, as dores físicas suportadas e as outras formas de prejuízo sem avaliação monetária, além de abranger pessoas coletivas.

Segundo o art. 483º do Código Civil português⁵⁸, quando alguém, agindo com dolo ou culpa, violar, de forma ilícita, o direito de outra pessoa ou preceito legal que proteja interesses de outrem, será obrigado a indenizar os danos causados. Destaca, assim, a relevância da ocorrência de ação ilícita e do prejuízo por ela causado. Já o art. 496º⁵⁹

⁵⁷ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não-patrimoniais do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 227.

⁵⁸Art. 483º 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.

⁵⁹Art. 496º (Danos não patrimoniais)

1. Na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não-patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não-patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não-patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização, nos termos do número anterior.

dispõe que dano não-patrimonial indenizável deverá ser aquele que, por sua gravidade, mereça a tutela do direito.

Conforme se observa, o dispositivo deixa expresso que merecerá a tutela do direito aquele dano de real gravidade. Assim, busca-se afastar da proteção legal ocorrências de lesões leves e corriqueiras que, se tuteladas, poderiam levar à descaracterização e à banalização do instituto. Examinando o dispositivo, afirma Rui Soares Pereira⁶⁰ que não se trata da exigência de dois requisitos estanques ou autônomos: gravidade de lesão e merecimento de tutela do direito. As expressões se complementam para indicar um requisito único. Desse modo, deverá haver reparação quando os danos constados forem de tal gravidade que mereçam a proteção legal.

Impõe-se, no entanto, o questionamento sobre a precisão do dispositivo que se apresenta com vocábulos abstratos e capazes de gerar interpretações subjetivas e díspares sobre o requisito legal autorizativo da imputação indenizatória. É certo que o próprio instituto tem uma fluidez inerente. Trata-se de dano imaterial, como comumente também se nomina no Brasil. Mas, ainda assim, empregar, na definição normativa, palavras com grande flexibilidade de entendimento pode acabar por autorizar uma interpretação elástica por demais. Por outro lado, ao exigir a gravidade ao dano, o legislador teve a intenção de afastar os prejuízos de pequena monta e de irrelevância comum. Expressa, portanto, o claro objetivo de proteger e resguardar lesões e danos de natureza grave, medida que fortalece o próprio instituto, na medida em que evita banalização e abuso.

Rui Soares Pereira⁶¹ desenvolve seus argumentos, aduzindo que o dano está no resultado e não na própria lesão. Ambos são observados

⁶⁰PEREIRA, Rui Soares. Op. cit., p.242.

⁶¹PEREIRA, Rui Soares. Op. cit. pp. 228-237.

em momentos distintos, mas isso não autoriza a divisão estanque entre os dois elementos, até porque muitas vezes eles serão coincidentes, como é o caso de um homicídio. Enfatiza que a lesão a uma ordem de direito pode acarretar dano de outra natureza. Em consequência, lesão a patrimônio pode causar dano não-patrimonial; por sua vez, lesão de ordem moral pode trazer consequência na seara patrimonial.

Referindo-se ao que denomina de flutuação conceitual, o autor citado assevera que, sob a ótica naturalística, o dano moral pode ser compreendido como diminuição de situação não-patrimonial favorável ou frustração de utilidade não-patrimonial. A partir de uma conceituação com conteúdo jurídico, o dano é a constatação da diferenciação do patrimônio antes e depois da ação lesante.

Ressalta, no entanto, que essa definição patrimonialista nada contribui para a precisão de dano não-patrimonial. Segundo esclarece, para outra linha de pensamento, o dano seria a violação de direitos subjetivos ou interesses juridicamente protegidos. No entanto, critica essa corrente doutrinária, asseverando que não se pode admitir correspondência absoluta entre lesão e dano, uma vez que poderá ocorrer conduta lesiva sem produzir dano. Por fim, considera como dano não-patrimonial aquele que corresponde à frustração de utilidade de natureza não-patrimonial. Tal frustração resulta do fato de que o bem que a assegurava foi colocado em uma situação que impede seu beneficiário utilizá-lo para o fim inicialmente proposto.

Para António Menezes Cordeiro⁶², será patrimonial o dano quando o prejuízo for de ordem econômica. Ao contrário, quando tiver natureza espiritual, caracteriza-se como não-patrimonial ou moral. Conforme argumenta, quando não se puder precisar a troca por dinheiro, está-se

⁶² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações*. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 513.

diante de dano moral, que ensejará compensação. Enfatiza que a distinção entre dano material e dano moral é percebida, examinando-se a vantagem afetada e não o tipo de direito atingido pelo ato de lesão.

Assim, poderá ser observada a ocorrência de dano moral com violação a direito patrimonial, como também dano material decorrente de afronta a direito de personalidade. Por fim, convém destacar a clareza de António Menezes Cordeiro ao discorrer sobre danos morais:⁶³

O Código Vaz Serra acolhe a ideia de dano não patrimonial, no seu artigo 496º, nos termos seguintes: Na fixação da indemnização, deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. A orientação deste preceito é pouco ambiciosa, o que se explica pelos antecedentes apontados. Designadamente: - surge com uma inserção sistemática que pode dar lugar a dúvidas; o artigo 495º. Trata de indenizações conexas com a morte ou lesão corporal e nos n. 2 e 3 do próprio artigo 496º. Versam a indemnização por morte, de tal forma que poderia parecer cingir os danos não patrimoniais, a esse tipo de lesões; - ao dizer “na fixação de indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais”, surge a ideia de que a indemnização em causa é sempre complementar de uma outra, de tipo patrimonial. Naturalmente, tais entendimentos devem ser afastados; o dano não patrimonial é qualquer um que tenha essas características, tal como resulta da consciência socialmente dominante; por outro lado, trata-se de dano autônomo.

Discorrendo sobre o tema, Mario Júlio de Almeida Costa⁶⁴ assevera que dano ou prejuízo é toda ofensa a interesses e bens de outrem que estejam tutelados pela ordem jurídica. Como se observa, ele não apresenta uma conceituação específica de dano moral. Faz, na verdade, a distinção entre dano não-patrimonial e dano patrimonial. O primeiro diz respeito a valores abstratos de conteúdo espiritual ou moral; o segundo tem natureza material e incide sobre o patrimônio do sujeito lesado. Como exemplo de dano material, cita uma ocorrência específica,

⁶³ CORDEIRO, António Menezes, Op. cit., p. 516.

⁶⁴ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2014, p. 591-592.

tal como um abaloamento de veículo. Por outro lado, exemplifica dano imaterial como o sofrimento causado pela perda de um ente da família e dores físicas suportadas por lesão corporal.

Seguindo a trilha de António Menezes Cordeiro, o referido autor deixa patente que um mesmo fato pode gerar as duas espécies de dano. Tal situação ocorre, por exemplo, quando se analisa o caso de alguém que sofreu difamação. Nessa hipótese, além do abalo psíquico e do sofrimento suportado, pode perder parte de sua clientela. O primeiro dano tem conteúdo não-patrimonial, enquanto o segundo tem repercussão material, sendo também chamado dano patrimonial indireto. É importante, todavia, frisar que não se formulou uma definição hermética do que seja dano moral, indicando que a percepção do instituto não exige traços conceituais totalmente fechados.

Eduardo dos Santos Júnior⁶⁵ afirma que dano moral seria a perda ou a diminuição da possibilidade de fruição de bem que não possui avaliação pecuniária. O dano moral é o prejuízo causado, segundo Pedro Romano Martinez⁶⁶, que não atinge o patrimônio, tendo repercussão na esfera moral do sujeito, caracterizando-se por dores, tristeza, entre outros sentimentos. Ao discorrer sobre a necessidade de reparação desse tipo de dano, reconhece as dificuldades de fixação de valores compensatórios. Em sua obra, apresenta a definição acima citada, que tem conteúdo objetivo, sem as nuances verificadas na formulação de conceitos sobre o tema no Brasil.

Na mesma perspectiva, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão⁶⁷ afirma que o dano não-patrimonial se contrapõe ao dano material.

⁶⁵ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Direito das obrigações I: sinopse explicativa e ilustrativa*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 342.

⁶⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações. Programa 2014/2015*. Aparentamentos. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 111.

⁶⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2015, p.300.

Segundo esclarece, este último importa em frustração de utilização de coisa passível de avaliação econômica, enquanto o dano não-patrimonial resulta em frustração de um direito que não pode ser avaliado em pecúnia. A exemplo de António Menezes Cordeiro, ressalta que a distinção diz respeito à utilidade do bem lesado e não à sua própria natureza. Assim, pode ser lesado bem material e o dano ser de natureza moral, podendo-se também verificar a hipótese inversa.

Os danos não-patrimoniais produzem prejuízos que não podem ser avaliados em dinheiro, conforme afirma Rui Manuel de Freitas Rangel⁶⁸. Para ele, os bens atingidos, nesse caso, não fariam parte do patrimônio do indivíduo. Não podem, portanto, ser confundidos com o dano material indireto. É que este decorre da lesão a bem que resulta em dano patrimonial reflexo. Ocorre, por exemplo, em caso de ofensa ao bom nome que acaba por acarretar perda de credibilidade e, em seguida, perda substancial de clientela.

Direcionando-se o foco da análise para a jurisprudência portuguesa, emergem a clareza e a objetividade na aplicação do instituto. Transcreve-se, nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal de Justiça⁶⁹ em que se evidencia a concretização do conceito de dano moral. É relevante destacar a adoção da linha doutrinária que considera o dano estético como pertencente ao gênero “dano moral” e não como categoria autônoma de dano. Para maior consistência do estudo, traz-se à colação parte do acórdão:

Há que compensar o dano estético sofrido pela autora como componente mais relevante do dano moral, tanto mais que se as cicatrizes afectam o rosto são visíveis e podem não ser passíveis de regressão ou tratamento após cirurgias.

⁶⁸RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência)*. 3 ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 35.

⁶⁹STJ de Portugal 704/09.9TBNF.S1. 6ª secção Relator: Fonseca Ramos. Julgado em 07/07/2009. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em 18/10/2015.

Não se destinando a atribuição pecuniária pelo dano moral a pagar qualquer preço pela dor – “pretium doloris”, que é de todo inavaliável, mas antes a proporcionar à vítima uma quantia que possa constituir lenitivo para a dor moral, os sofrimentos físicos, a perda de consideração social e os sentimentos de inferioridade (inibição, frustração e menor auto-estima), a quantia a arbitrar é fixada com recurso à equidade devendo ser ponderada, no caso, a gravidade objectiva do dano, mormente a sua localização, extensão e irreversibilidade [as lesões na face são psicologicamente mais traumáticas que noutra parte do corpo] e as circunstâncias particulares do lesado – a idade, o sexo e a profissão.

(...)

“Danos não patrimoniais – são os prejuízos (como dores físicas, desgostos morais, vexames, perda de prestígio ou de reputação, complexos de ordem estética) que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens (como a saúde, o bem-estar, a liberdade, a beleza, a honra, o bom nome) que não integram o património do lesado, apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma satisfação do que uma indemnização” (Antunes Varela, “Das Obrigações em Geral”, 6ª edição, l. °-571).

São indemnizáveis, com base na equidade, os danos não patrimoniais que “pela sua gravidade mereçam a tutela do direito” (n.ºs 1 e 3 do art. 496º do Código Civil).

Para a formulação do juízo de equidade, que norteará a fixação da compensação pecuniária por este tipo de “dano”, socorremo-nos do ensinamento dos Professores Pires de Lima e Antunes Varela (in “Código Civil Anotado”, vol. I, pág.501).

“O montante da indemnização correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado em qualquer caso (haja dolo ou mera culpa do lesante) segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação económica e às do lesado e do titular da indemnização, às flutuações do valor da moeda, etc. E deve ser proporcionado à gravidade do dano, tomando em conta na sua fixação todas as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida.”.

(...)

“Sem que a afirmação envolva qualquer discriminação em razão do sexo – que seria infractora do princípio da igualdade – art. 13º da Lei Fundamental – o facto de se tratar de uma mulher jovem, essa afectação permanente do estado

físico constitui grave dano estético, mais a mais, sabendo-se que a aparência física está relacionada com a expressão individual dos sujeitos, a sua relação consigo mesmo e com o ambiente social, o que contende com sentimentos de auto-estima, em tempos em que é socialmente exigida boa aparência.

O dano estético é uma lesão permanente, um dano moral, tanto mais grave quanto são patentes e deformantes as lesões, sendo de valorar especialmente quando são visíveis e irreversíveis. (in “Dano Estético-Responsabilidade Civil – da jurista brasileira Teresa Lopez – 3ª edição actualizada com o Código Civil de 2002 – pág. 19).

“O problema da reparação do dano estético tem importância em dois planos: o ontológico, pois “ser e aparência coincidem” e qualquer lesão que a pessoa sofra em sua forma externa acarreta um abalo, um desequilíbrio na personalidade, dando origem a grandes sofrimentos; o outro plano é o sociológico, pois, exatamente por causa de uma lesão estética, pode a pessoa não ter a mesma aceitação no meio social, o que também vai ser fonte de grandes desgostos.

Dessa forma, o dano estético é dano moral que ofende a pessoa no que ela é, em todos os seus aspectos.

Em outras palavras, no dano à pessoa há vários bens jurídicos ofendidos, apesar de a causa ter sido a mesma. E é por isso que a reparação deve ser a mais completa e justa possível, ressarcindo e possibilitando cumulação de indenizações referentes a cada um deles”.

O dano estético, na definição da também jurista brasileira, Maria Helena Diniz (in “Curso de Direito Civil Brasileiro-Responsabilidade Civil”, 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2008, p.80, v.7) é toda alteração morfológica do indivíduo que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeiamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laborativa”.

Como se provou, as cicatrizes provocaram um dano estético de grau cinco numa escala máxima de 7, afectando além do tórax, os membros que apresentam cicatrizes – cfr. r) dos factos provados.

Assim sendo e, pese embora nada se tenha provado acerca da situação económica do lesante – que nada alegou a esse respeito sendo que lhe competia esse ónus – reputamos

equitativa a compensação pelos danos não patrimoniais fixada no Acórdão sob censura.

Decisão: Nestes termos, nega-se a revista.”

É inegável que a definição feita pelos doutrinadores portugueses e a forma de aplicação do conceito nas decisões dos tribunais são realizadas com mais objetividade, não gerando a celeuma que no Brasil se observa. O exame da doutrina e das decisões judiciais em Portugal estimula o ensaio de uma desmistificação da névoa que envolve a definição de dano moral no Brasil. Essa medida pode trazer o efetivo mérito de simplificar o trato com o instituto. Pode motivar sua utilização de forma mais transparente e concreta, ainda que com o reconhecimento de seu conteúdo não material e, por consequência, de maior permeabilidade a limites conceituais.

3.5 Integração dos conceitos

O tema em análise instiga e desafia, notadamente, pela divergência de conceitos no Brasil e pela ótica assertiva vista em Portugal. Essa diferença conceitual induz a reflexão sobre qual deve ser o foco de estudo do instituto para que sua aplicação seja guiada pela necessária segurança jurídica.

Apesar das divergências, verificam-se pontos positivos e negativos em todas as tentativas conceituais. Em um primeiro momento, tem-se a intenção de se optar pelo caminho da afirmação de que não se deve definir precisamente dano moral, conforme assinala Rodrigo Mendes Delgado⁷⁰. Nas duas primeiras edições de sua obra, sustenta essa

⁷⁰DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3 ed., Leme: J.H. Mizuno, 2011, p.124.

opção, ressaltando que conceitos fechados estariam mais afetos às áreas das ciências exatas e biológicas que permitem precisão no ato de conceituação. No caso de dano moral, esse cientificismo seria um passo para estagnar o instituto. Isto porque a sociedade está em permanente processo de transformação, tornando obsoleta, tempos depois, a definição que se pretenda. Na terceira edição, no entanto, o citado autor altera seu posicionamento, afirmando que seria imprescindível uma conceituação objetiva para o real conhecimento, exame e compreensão do instituto.

De fato, foi esta a primeira intenção, ao se escrever o presente trabalho. Isto porque não houve real aceitação a nenhuma das linhas conceituais existentes. Examinando-se cada uma delas, pôde-se perceber que há uma lacuna em cada corrente de pensamento. Em razão disso, viu-se a necessidade de fazer-se um entrelaçamento de conceitos para que se pudesse chegar a uma definição satisfatória.

Como foi visto em um dos conceitos, o dano moral é o ato de lesão a direito da personalidade, atentando contra a dignidade humana. Mas, logo em seguida, afirma-se que esse dano deve ter real gravidade para que seja passível de compensação. Sérgio Cavalieri Filho⁷¹ assim se manifesta, quando assinala que não é qualquer agressão à dignidade humana que configura o dano moral. A esse respeito, anota:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o

⁷¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008, p. 83-84.

equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. Dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequência, e não causa. Assim como a febre é efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém.

Em tal concepção, já se demonstra a utilização de duas linhas conceituais. Conforme consta na definição, dano moral é o ato de lesão a direito da personalidade, ato de atentado à dignidade humana que se consubstancia em reconhecida gravidade. Mas, de acordo com a última corrente citada, não há que se falar em grau de repercussão e tamanho ou quantificação do efeito ou do prejuízo. Em outras palavras, não há que se falar em dor e sofrimento em maior ou menor grau. Observa-se, portanto, que mesmo se procurando filiar a uma corrente de pensamento, acaba-se por deparar-se com conteúdos diversos, fato que demonstra a insuficiência do caminho inicialmente adotado.

Nesse sentido, transcreve-se o Enunciado nº. 444 do Conselho de Justiça Federal: “O dano moral não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor e sofrimento”. O exame desse enunciado demonstra a intenção clara em desvincular o dano moral do estado anímico do indivíduo. A necessidade de vincular dano apenas à alteração psíquica do sujeito leva à seguinte conclusão: os que assim entendem não conseguem visualizar o dano sem os reflexos precisos do ato.

Segundo o entendimento dessa corrente, para se constatar o dano tem que haver sofrimento, abalo, dor. No entanto, não se pode conceber que só haja dano moral, se vier acompanhado dessa consequência psíquica de dor e sofrimento. A se aceitar esse raciocínio, não haveria dano moral a ser compensado, no caso de estupro que tenha como vítima uma pessoa em estado de coma. Ora, nesse tipo de ocorrência,

fica evidente a ação lesante, com ofensa à integridade física e à dignidade da pessoa. É indiscutível, assim, o dano moral a ser compensado à vítima, mesmo que não tenha consciência do ocorrido. Em resumo, adotando-se a linha conceitual que exige a ocorrência de abalo ao estado psíquico, um fato dessa gravidade não seria objeto de exame e repercussão na esfera civil.

Outro exemplo que pode ser apresentado é o da constatação de dano moral por lançamento indevido de dados nos cadastros de restrição ao crédito. É inconteste que, no Brasil, fazendo-se a inscrição do nome de alguém em serviços de proteção ao crédito de forma inadequada, há a presunção de dano moral. Assim, no caso de questionamento em juízo, há reconhecimento do dano, com a consequente fixação de valor indenizatório. Nessas hipóteses, não há que se falar em demonstração de abalo. O dano é presumido e a compensação é devida.

Na situação em análise, mesmo inexistindo real abalo à órbita imaterial do sujeito, mesmo não havendo interferência no crédito e agressão ao bom nome, impõe-se o dever reparatório. Em casos de presunção dessa ordem, não há nem mesmo que se falar em necessidade de prova da não ocorrência. Pode-se concluir que a reação ao ato irregular de lesão independe do maior ou menor abalo sofrido pela vítima. Sequer a inexistência de abalo será obstáculo para a imputação reparatória. Transcreve-se, por oportuno, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça⁷²:

Recurso especial. Consumidor. Saque indevido em conta-corrente. Falha na prestação do serviço. Responsabilidade da instituição financeira. Sujeito absolutamente incapaz. Ataque a direito da personalidade. Configuração do dano moral.

⁷²STJ. Quarta Turma. REsp. 1.245.550 - MG (2011/0039145-4). Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 17/03/15. Publicado em 16/04/15. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19/04/2015.

Irrelevância quanto ao estado da pessoa. Direito à dignidade. Previsão constitucional. Proteção devida.

1. A instituição bancária é responsável pela segurança das operações realizadas pelos seus clientes, de forma que, havendo falha na prestação do serviço que ofenda direito da personalidade daqueles, tais como o respeito e a honra, estará configurado o dano moral, nascendo o dever de indenizar. Precedentes do STJ.

2. A atual Constituição Federal deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões. Realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo, essência de todos os direitos personalíssimos e o ataque àquele direito é o que se convencionou chamar dano moral.

3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social.

4. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima.

5. Em situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como ocorre com doentes mentais, a configuração do dano moral é absoluta e perfeitamente possível, tendo em vista que, como ser humano, aquelas pessoas são igualmente detentoras de um conjunto de bens integrantes da personalidade.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Segue outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o ministro Paulo de Tarso Sanseverino⁷³:

Recurso especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance.

Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado.

1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto.

2. Legitimidade do recém nascido, pois "as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação" (REsp. 1.037.759/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda.

4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação.

5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.

6. Arbitramento de indenização pelo dano extrapatrimonial sofrido pela criança prejudicada.

7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

8. Recurso especial provido.

⁷³STJ. Terceira Turma. REsp 1291247/RJ. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19/08/2014. Publicado em 01/10/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22/04/2015.

Examinando-se o primeiro acórdão, observa-se a utilização complementar de conceitos. Há a afirmação de que o dano moral é a ofensa a bem integrante da personalidade, sendo também prejuízo sofrido. É indicada a concretização do dano moral tanto no ato de lesão como na consequência danosa. Verifica-se, assim, que não há utilização de conceito único, que realmente seria insuficiente para definir o dano moral.

O ministro relator do primeiro acórdão, Luis Felipe Salomão, é também doutrinador. Em sua obra⁷⁴, anota que, se a investigação sobre a existência de dano moral fosse se circunscrever à tristeza experimentada, poder-se-ia estabelecer responsabilidade compensatória *ad infinitum*. A medida abrangeria, por exemplo, aqueles que perderam um amigo ou um parente próximo, ante o sofrimento suportado. Segundo esclarece, o dano moral é concretizado com o ataque a um determinado direito, e não necessariamente com o resultado em si mesmo considerado. Assim, já poderia se caracterizar pelo ato ofensivo a direito da personalidade. Desse modo, não se revelaria apenas pelo sofrimento, dor, angústia, pois tais sentimentos seriam a consequência do ato ofensivo.

O segundo acórdão caracteriza-se pela legitimação dada à criança para pleitear a reparação. Entende-se que o dano moral foi decorrente do ato ilícito, consubstanciado na má prestação do serviço. Não houve a preocupação de demonstrar se provocou abalo moral na vítima, até porque seria impossível. Não se levou em consideração a impossibilidade de ter o ato provocado dor, sofrimento ou angústia na vítima, que se viu privada da coleta de células-tronco que poderiam ser de fundamental importância no seu futuro.

⁷⁴ SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 390.

Também utilizando mais de uma vertente de teoria conceitual, Flávio Tartuce⁷⁵ afirma que dano moral é lesão aos direitos da personalidade, afetando o patrimônio imaterial do sujeito. Acrescenta que esse dano pode atingir o direito à vida e à integridade física, bem como o direito ao nome, à honra, à imagem e à intimidade. Reconhece que, em caso de dano moral próprio, ele provocará dor, abalo, tristeza e angústia. Porém, para a caracterização de dano moral impróprio, esses sentimentos são dispensáveis. Isso ocorre na hipótese de dano moral à pessoa jurídica, tese já aceita de forma incontestável pela jurisprudência brasileira, sendo objeto da Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça.

Por todas essas considerações, conclui-se que, adotando-se uma corrente, com exclusão da outra, não se consegue conceituar o que se entende por dano moral. Do exame dos próprios julgados, observa-se que houve o entrelaçamento de conceitos. Há, na verdade, uma mescla de conceitos que se complementam. Restringindo-se o conceito de dano moral apenas à ocorrência de sofrimento e dor, há um direcionamento, tão somente, para a consequência da lesão. Tal foco é insuficiente, embora o resultado seja importante para se constatar a ação real e concreta de lesão e para se precisar sua ocorrência e extensão.

Por outro lado, entender-se que ato de lesão à dignidade da pessoa humana basta, por si só, resultará em uma conceituação incompleta e insatisfatória, ante sua evidente generalização. Se assim fosse, as lides se baseariam em afirmações genéricas de ataque à dignidade da pessoa humana, de modo que a banalização do dano moral seria inevitável. Da mesma forma, somente se conceituar dano moral como contraposição a dano material resultará em um exame insuficiente do instituto.

⁷⁵TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 453.

É importante enfatizar que a configuração do dano moral pode variar de acordo com o tipo de bem protegido, ato de lesão e seu resultado. Assim, muitas vezes, o ato de lesão, por si só, já caracterizará o dano moral, posto que será presumido. Outras vezes, haverá necessidade de se observar o prejuízo causado ao indivíduo para, só a partir daí, chegar-se à caracterização do dano moral. Assim, apesar da dificuldade em se conceituar dano moral, observa-se, nos julgados, a utilização harmônica dos elementos conceituais. Deve-se, inicialmente, constatar a lesão a direito juridicamente tutelado, permitindo ao julgador o exame, caso a caso, da violação desse direito e a repercussão causada no indivíduo, mesmo que não restem demonstrados os sentimentos de dor ou sofrimento.

Deve-se pôr em relevo a objetividade e a precisão da definição utilizada em Portugal, especialmente com a verificação de situações envolvendo real gravidade. Destaque-se também que não se pode admitir o excesso de demandas causado por conflitos de pouca monta, fato que acabaria por inviabilizar a efetividade da prestação jurisdicional. Da mesma forma, convém enfatizar que o instituto não deve ser analisado de forma fracionada, em ato de lesão e resultado danoso. Ao contrário, deve ser visto de forma integrada, para que se possa aplicar o direito de maneira satisfatória e com a visão de conjunto.

Essa metodologia certamente contribuirá para uma solução adequada da questão posta. Em síntese, o dano moral deve ser examinado, levando-se em consideração seu conteúdo aberto. Essa análise deve ser moldada pelas reflexões doutrinárias e pelos avanços jurisprudenciais, sempre tendo como norte a evolução social que exige, periodicamente, o reexame do conceito do instituto.

CAPÍTULO IV - EVOLUÇÃO DA ADMISSÃO DO RESSARCIMENTO POR DANO MORAL E NATUREZA JURÍDICA DA REPARAÇÃO

4.1 Considerações gerais

A vida harmônica em sociedade é uma aquisição civilizatória. Assim, o estágio atual da humanidade é fruto da constante tentativa de progresso na forma de relacionamento dos indivíduos que, a cada dia, tornam-se mais próximos uns dos outros. Porém, essa proximidade, seja física ou relacional, acaba por potencializar as formas de conflito e os danos que podem surgir, até mesmo, de forma não intencional. Tratar desse problema, lastreando o respeito à integridade física, moral e material do ser humano, é papel do direito, especialmente no campo da responsabilidade civil, cujo principal objetivo é a reparação do dano. É trazer ao que foi lesado a recomposição de seu estado anterior. A sociedade organizada visa a uma existência harmoniosa entre seus membros. Desse modo, qualquer ato que venha a violar a regra de harmonia e respeito à esfera individual, com afronta a direito, sobretudo se ocasionar alguma lesão, deve ser corrigido, remediado ou reparado.

A reparação consiste essencialmente em restabelecer o estado original das coisas. Muitas vezes, revela-se inviável o retorno ao *status quo ante*, de modo que a *restitutio in integrum* torna-se uma tarefa tormentosa e até impossível. Nesse contexto, a reparação deve ser compreendida como uma possibilidade indenizatória, compensatória ou ressarcitória. Indenizar é compensar; reparar é restaurar; ressarcir é restituir. Quando se busca precisar o significado de cada expressão, faz-se referência às demais, sempre indicando a intenção de demonstrar um sentido de retorno à situação anterior.

O objetivo da reparação é a manutenção da harmonia entre os indivíduos, buscando a preservação do equilíbrio nas relações que deve nortear a vida em sociedade. Nessa busca, tenta-se refazer a situação anterior ou, pelo menos, minimizar o ato lesivo. Entretanto, muitas vezes, esse desfazimento é impossível, sendo necessário vislumbrar a possibilidade de ressarcimento e indenizações que possam representar e simbolizar a compensação pelo dano causado, pela modificação do estado originário das coisas, quando não for possível a recolocação do cenário em que elas se encontravam.

Tratando-se de dano moral, mais precisa e técnica seria a utilização da expressão “compensação”. Isto porque é, quase sempre, inviável o retorno à situação anterior, ante a impossibilidade de recompor algo não palpável, não concreto e, portanto, algo que não é passível de se indenizar. Todavia, tanto na doutrina quanto nos julgados, são utilizadas as expressões “compensar”, “indenizar” e “reparar”, todas com o mesmo sentido. Na prática, observa-se a inexistência de uma expressão uniforme capaz de definir a nomenclatura adequada ao que se estabelece em resposta ao dano moral concretizado. Em razão disso, serão utilizadas, ao longo do capítulo, as expressões “compensação”, “reparação” e “indenização” como formas de exprimir aquilo que será imposto ao agente em contrapartida ao dano imaterial cometido.

Segundo António Menezes Cordeiro ⁷⁶, “etmologicamente, indemnização é a causa ou o efeito de indemnizar, isto é, tornar indemne (in+damno), ou seja, sem dano”. O Código Civil brasileiro dispõe, em seu art. 944⁷⁷, que a indenização se mede pelo dano, estabelecendo, assim, o princípio da *restitutio in integrum*. O objetivo é a efetiva restituição à

⁷⁶CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, II: Direito das obrigações*. Tomo III. Lisboa: Almedina, 2010, p. 721.

⁷⁷Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

situação anterior. No entanto, sendo inviável a concretização desse retorno, tenta-se fazer a compensação pelo valor monetário equivalente. Por esse motivo, o art. 947⁷⁸ do mesmo diploma legal prescreve que, se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, será substituída a coisa pelo seu valor. Trata-se da chamada reparação por equivalência ou compensação.

No que diz respeito diretamente ao dano moral, a restituição à situação anterior, de forma concreta, é tarefa impossível. A reparação será, portanto, de outra forma, seja consistindo em obrigação de fazer, seja efetivando-se por meio de pagamento de quantia ou até mesmo pela combinação das duas formas compensatórias. A combinação dos dois tipos de reparação, especialmente em casos de dano moral decorrente de ofensa à honra, tem se mostrado mais adequada, na medida em que se afigura mais próxima de uma reparação integral. A seguir, serão analisadas as fases da evolução da admissibilidade e a natureza jurídica da reparação.

4.2 Fase da negação da reparabilidade do dano moral

Para registrar o tratamento dado ao tema no Brasil de 1950, transcrevem-se duas ementas de julgados do Supremo Tribunal Federal que adotaram a teoria da negação da possibilidade reparatória em situações envolvendo dano imaterial.

Dano moral: não é indenizável ante o nosso direito positivo.⁷⁹

⁷⁸ Art. 947. “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

⁷⁹ STF. Segunda Turma. RE 29447. Relator: Min. Afranio Costa, Julgado em 25/11/1958. *Adj data 11-03-1957 pp-00761 ement vol-00376-02 PP-00528.*

Responsabilidade civil por acidente; indenização somente no que se entende como prejuízo efetivo, sem computar-se dano moral incabível.⁸⁰

O dano material, pela própria natureza, oferece condições para se precisar sua importância, para fins de restabelecimento da situação anterior. Já com relação ao dano moral, a precisão do valor é totalmente impossível. Por isso mesmo, em uma primeira fase, negou-se a possibilidade de indenização em face da ocorrência de dano moral. Posteriormente, houve evidente evolução no sentido de se admitir a indenização, em espécie, como forma de reparação do dano, sob pena de negar-se a proteção jurídica a lesão de tal gravidade. A concepção de reparação foi construída progressivamente com o desenvolvimento do entendimento sobre a necessidade de ressarcimento.

Buscando-se justificar a impossibilidade de reparação por dano moral, apresentava-se como principal argumento a inviabilidade de se demonstrar em juízo a configuração desse tipo de dano. Via-se como imprecisa a própria existência do dano e, em consequência, sua demonstração. Assim, não se vislumbrava a possibilidade indenizatória, pois inexistiam parâmetros objetivos para sua fixação. Conforme anota Pedro Romano Martinez⁸¹, essa espécie de indenização decorrente do reconhecimento do dano moral foi largamente criticada. Alegava-se a impossibilidade de contabilização e, até mesmo, certa imoralidade quando se pretendia estabelecer um valor monetário como forma de reparar um sofrimento psíquico ou uma dor moral.

⁸⁰ STF. Primeira Turma. RE 26427, Relator: Min. Macedo Ludolf. Julgado em 21/09/1954. Min. Macedo Ludolf. Julgado em 21/09/1954. Publicado em 11/08/1955 pp-09839 ement vol-00222-01 pp-00331 adj 03-12-1956 pp-02275.

⁸¹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações. Programa 2014/2015*. Apontamentos. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 112.

Com relação ao primeiro argumento, convém observar que ele parte do raciocínio de que o dano moral se consubstancia, tão só, pela presença da dor e do sofrimento, em suas várias facetas. Por isso, ante seu caráter abstrato, seria inviável precisá-lo e demonstrá-lo. No entanto, o conceito de dano moral proposto neste trabalho não se faz somente quando são percebidas alterações no âmbito do estado anímico. Faz-se também quando repercute na esfera imaterial do indivíduo, sem necessariamente implicar em padecimento. Dessa forma, não há que se falar em necessidade de se concretizar a dor ou de demonstrá-la, visto que, muitas vezes, restando provado o ato lesivo, a presunção do dano será dele consequente. De modo geral, o dano moral é consequência absoluta de uma ação lesiva, sendo assim desnecessária a prova material do resultado.

Nessa linha de pensamento, dispensa-se uma imposição primária de materialização de fatos, para que haja seu reconhecimento. Isto porque a vida humana, suas nuances e aspectos não se limitam a questões palpáveis e de demonstração física ou material. Ademais, mesmo entendendo-se que o dano moral seria apenas resultante da dor e do sofrimento, ainda assim, não se poderia aceitar a tese de que se torna inviável a compensação. Inúmeras situações de dor, constrangimento ou abalos psicológicos trazem consequências muito maiores ao indivíduo do que um dano material.

Assim, a dificuldade em perceber-se o dano e a maior dificuldade ainda em graduá-lo, para fins ressarcitórios, não podem prosperar como argumentos para se aceitar a tese da impossibilidade reparatória do dano moral. Ademais, como enfatiza o doutrinador citado, as dificuldades em se precisar o montante e a extensão do dano também são observadas em algumas espécies de dano material, como a indenização de clientela. Mas, nem por isso, afasta-se a possibilidade indenizatória.

Em outro argumento utilizado para afastar o reconhecimento dessa espécie de dano e a sua devida reparação, enxerga-se algum aspecto de imoralidade, quando se falava em compensar o dano imaterial com pecúnia. Esse tipo de raciocínio levaria ao absurdo de se entender inviável a compensação, porque o mal causado não possuiria aferição material. Partindo-se do pressuposto de que esse tipo de reparação teria um aspecto imoral, então, dever-se-ia entender que o ato danoso seria tido como legítimo, já que não se poderia manejar uma ação capaz de repará-lo.

A esse respeito, Pedro Romano Martinez⁸² esclarece que a alegada imoralidade de se pagar pelo dano moral é suplantada pela injustiça da não reparação. O fato de um bem personalíssimo não possuir aferição material não impede a reparação, ainda que em pecúnia. Conforme anota André Gustavo Corrêa Andrade⁸³, trata-se de um meio civilizado de se impor resposta a um ato lesivo.

Na visão dos dois referidos doutrinadores, imoral e inadequado seria deixar sem amparo legal situações de lesão moral, às vezes, muito mais severas que lesão a bem material. É fato que dor não tem preço, sendo exatamente por isso que não se pode falar em retorno à situação anterior. Portanto, ante a ocorrência de uma lesão na esfera moral, o julgador deve ter a flexibilidade necessária para, em cada caso, observar as peculiaridades do dano e sua abrangência. De posse desses elementos, irá fixar o valor monetário, cujo objetivo é abrandar o estado psíquico daquele que foi ilegítimamente abalado em seu patrimônio moral.

⁸²MARTINEZ, Pedro Romano. Op. cit., p.112.

⁸³CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 146.

Em sua análise sobre a matéria, Luis Manuel Teles Menezes Leitão⁸⁴ reforça a tese de que não há que se falar em imoralidade no reconhecimento do direito ressarcitório em caso de dano moral. Segundo esclarece, a solução compensatória permite a atribuição ao lesado de utilidades que lhe trarão alguma compensação. É melhor isso do que não haver resposta ao dano suportado pela vítima. Rejeita também a ideia de imoralidade no recebimento de valor monetário, alegando que não se trata de comércio de bem imaterial, mas de punição ao ofensor pelo mal causado.

Também se negava essa forma de reparação, ao argumento de que o abalo moral não seria definitivo e, por isso, por sua transitoriedade, não seria indenizável. Na verdade, mesmo que não seja definitivo, o dano ocorreu, trouxe repercussão. Portanto, deve ter a reparação necessária, seja porque decorreu de ação ilícita, seja porque abalou a esfera imaterial do indivíduo. O valor da reparação é que poderá variar, de acordo com o tempo de duração da consequência produzida, sendo este um parâmetro para balizar valores a serem fixados. Ressalte-se que também o dano patrimonial pode ser transitório ou, no mínimo, pode ser reconstituível e nem por isso deixa de ser indenizável. Não fosse esse argumento, é incontestável que o patrimônio do indivíduo não se limita aos bens materiais.

O conjunto de características, atributos e relações do ser humano vão muito além do patrimônio físico. Dessa forma, o direito tem a obrigação de também acompanhar, compreender e dar suporte jurídico à repercussão material e imaterial do sujeito visto sob esta ótica ampla e complexa. Nesse conjunto de argumentos, convém destacar o fundamento constitucional de respeito e proteção à dignidade da pessoa humana, matéria analisada no capítulo anterior. Com efeito, a Carta

⁸⁴LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2015, p.302.

Constitucional brasileira de 1988 impede a aceitação de qualquer tentativa de negativa ou limitação ao ressarcimento por lesão extrapatrimonial.

4.3 Fase de aceitação limitada da reparação do dano moral qualificada pela expressão material do dano

Em uma segunda fase, passou-se a admitir a reparação por dano moral, mas ela só ocorreria em casos excepcionais, limitados por lei. Assim, a regra continuava sendo a da não reparação, que seria mitigada quando, de forma expressa, a lei indicasse essa possibilidade. Era a linha de entendimento predominantemente adotada no Brasil, antes do advento da Constituição Federal de 1988, quando a indenização por dano moral passou a ser expressamente admitida. De fato, no período anterior à atual Carta Magna, o Código Civil de 1916 disciplinava casos específicos de dano imaterial indenizável.

Em algumas situações, a lei civil anterior previa, de forma ampla, a indenização devida em decorrência de dano, sem excluir ou fazer diferenciação entre dano material e moral. Nesse sentido, estabelecia o art. 159 do Código Civil de 1916: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Mesmo assim, muitos julgadores acabavam por fazer uma leitura restritiva desse dispositivo, decidindo que apenas a repercussão material do dano moral seria indenizável.

Com sustentação nessa tese, a jurisprudência brasileira anterior à Constituição de 1988 adotava uma posição intermediária. Não afastava completamente, mas limitava de forma expressiva e injustificável, o reconhecimento de situações de dano imaterial passíveis de fixação

compensatória. Os julgados deixavam estampado que o reconhecimento do dano moral ocorreria quando houvesse repercussão material daquele dano. Apesar de representar um passo tímido no sentido do reconhecimento do dano moral, tal posicionamento não deixava de ser o que se nomina dano reflexo, isto é, efeito concreto de outra lesão. Era, assim, na verdade, reconhecido o dano material decorrente do dano moral.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁸⁵, quem admitisse só caber a reparação por dano moral quando verificada a efetivação de um dano material, na prática, estaria recusando a indenização por dano moral. Na lição do citado autor, havendo lesão, mandam o direito e a equidade que o lesado não fique desamparado, devendo ser compensado pelo que suportou. Em conformidade com a tese de aceitação condicionada da reparação do dano moral, são trazidas à colação ementas de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁶:

Recurso extraordinário. Dano moral. Não é indenizável quando inexistem consequências materiais, quando se apresenta sem apoio no prejuízo. Re 28161, Relator: Min. Lafayette de Andrada, segunda turma. Julgado em 13/09/1955.

Pode ser reparado pecuniariamente o dano moral, que haja produzido consequências materiais. Se o dano é somente moral, não há o que ser ressarcido em dinheiro. Re 11974, Relator: Min. Hahnemann Guimarães, segunda turma. Julgado em 12/05/1953.

Não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material. Re 11786, Relator: Min. Hahnemann Guimarães, segunda turma. Julgado em 07/11/1950.

⁸⁵PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp.55-56.

⁸⁶STF. Re 28161, Relator: Min. Lafayette de Andrada, segunda turma. Julgado em 13/09/1955. *Ement.* Vol-00253 PP-00235. Re 11974 Relator: Min. Hahnemann Guimarães, segunda turma. Julgado em 12/05/1953. DJ 28-01-1954 pp-01115 ement vol-00162-01 pp-00216 ADJ 02-09-1957 PP-02292. Re 11786, Relator: Min. Hahnemann Guimarães, segunda turma. Julgado em 07/11/1950.

4.4 Possibilidade de admissão da reparação por dano moral decorrente do descumprimento das obrigações

Na mesma linha restritiva, outra corrente sustenta que não haveria que se falar em dano moral e sua reparação em situações de descumprimento de obrigação contratual. No entanto, nos dias atuais, a grande maioria dos doutrinadores e aplicadores do direito vislumbra a plena possibilidade de indenização por danos morais em situações envolvendo contratos. De acordo com esse entendimento, não se pode fazer distinção quanto à origem do dano. Portanto, a reparação deve atingir as diversas áreas sociais, independentemente da natureza da causa.

Discorrendo sobre a matéria, Yussef Said Cahali⁸⁷ esclarece que o simples descumprimento contratual, por si só, não acarreta dano moral, pois este pressupõe ofensa anormal à personalidade. Acrescenta que o descumprimento de um contrato não é algo impossível de se prever, podendo gerar um natural desgosto e descontentamento, mas não um dano moral. Entretanto, quando se verifica repercussão imprevista e real, capaz de acarretar dano na órbita imaterial do indivíduo, deve essa lesão ser admitida, reconhecida e compensada, independentemente das consequências obrigacionais do descumprimento do contrato. Nessa linha de pensamento, transcrevem-se dois julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁸⁸:

Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. Ação de ressarcimento cumulada com indenização por dano moral. Negativa de cobertura de materiais: marca-passo. Situação de urgência comprovada. Proposta de acordo formulada pela ré em audiência. Reconhecimento do pedido. Art. 267, inc. II, do CPC. Cobertura securitária devida. Desaparecimento de

⁸⁷CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.430.

⁸⁸TJRS. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70062841218 e Apelação Cível nº 70052453941. Relator: Desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 19/11/2015. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22/12/2015.

interesse recursal. Dano moral. Mero descumprimento contratual. Dever de indenizar não configurado. Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de procedência exarada na ação de indenização decorrente de negativa de plano de saúde envolvendo a implantação de marca-passo. Cobertura contratual. A Lei 9.656/98 estabelece, em seu art. 35-C, a obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de urgência, assim definidos aquelas situações que implicarem risco de vida ou dano irreparável ao paciente, ainda que ocorridas durante o período de carência contratual. *In casu*, a parte autora fez início de prova acerca do histórico de doença cardíaca, bem como o seu encaminhamento à UTI, o que indica a situação de emergência. Além disso, a guia de solicitação de internação é expressa em afirmar a necessidade de implante de marca-passo bicameral para o sucesso da cirurgia. Configurada, pois, a hipótese de cobertura obrigatória prevista na Lei, mostra-se indevida a negativa. A seu turno, a prestadora do plano não se desincumbiu de seu dever probatório, à luz do que estabelece o Código de Defesa do Consumidor. Dever de ressarcimento configurado. A parte ré formulou proposta de acordo em audiência, comportamento compatível com o reconhecimento do pedido, circunstância que lhe retira o interesse de recorrer no ponto em debate. Recurso não conhecido. Dano moral. Os fatos vertidos à lide correspondem a efetivo descumprimento contratual que não gera o dever de indenizar, salvo quando os efeitos do inadimplemento, por sua gravidade, exorbitarem o mero aborrecimento diário, atingindo a dignidade do contratante, situação não demonstrada no caso em exame. Precedentes. O provimento parcial do recurso da ré implica o prejuízo do recurso da parte autora, estabelecida a procedência parcial da ação com sucumbência redimensionada. Apelação da ré conhecida em parte e, na parte conhecida, provida. Prejudicado o exame das apelações da parte autora e da ré, pois atinentes ao ponto provido no recurso antes referido. (Apelação Cível nº 70062841218. Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 19/11/2015).

Apelação cível. Ensino particular. Ação de indenização por danos materiais e moral. Curso de pós-graduação. Pretensão de progressão na carreira do magistério. Não preenchimento dos requisitos impostos pelo MEC. Diploma não reconhecido pela Secretaria de Educação. Dever de indenizar configurado. Danos emergentes e lucros cessantes. Não apontamento do valor. Dano moral. Configuração. Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença de improcedência exarada em ação de indenização por danos materiais e moral decorrente do não reconhecimento de curso de pós-graduação pela Secretaria de Educação do Estado. Dano material. Em que pese a parte ré seja revel, a presunção relativa de veracidade prevista no art. 319 do CPC incide tão somente sobre os fatos arguidos na exordial. Inviável reconhecer o pedido de devolução de valores quando não

formulado pedido de rescisão, invalidação ou revisão do contrato. Ademais, em se tratando de dano material, não está a parte autora dispensada de apontar, pelo menos, o valor pretendido, a título de danos emergentes e lucros cessantes, pois o instituto da responsabilidade contratual, como espécie da responsabilidade civil *lato sensu*, não pode servir como pretexto para indenização de danos hipotéticos ou presumidos. Improcedência mantida no ponto. Dano moral. O descumprimento contratual não gera, a rigor, o dever de indenizar, a não ser que, pelas circunstâncias do caso concreto, verifique-se que extrapolou o patamar do mero dissabor, atingindo a esfera da intimidade da parte que se diz lesada. *In casu*, o fato de a parte autora ter cursado a pós-graduação durante dois anos, com o objetivo de qualificar-se para progressão na carreira do magistério e, ao final, não lograr êxito na obtenção de diploma válido, tornando inócua a realização da especialização, por evidente, gerou dano moral indenizável. Na fixação do dano moral, deve-se ponderar sobre as condições socioculturais e econômicas dos envolvidos, o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a gravidade do dano, bem como o caráter punitivo-pedagógico e as finalidades reparatório-retributivas da condenação, de tal forma que a quantia arbitrada não seja tão irrisória que sirva de desestímulo ao ofensor, nem tampouco exacerbada a ponto de implicar enriquecimento sem causa para a parte autora. Ação julgada procedente em parte. Ônus sucumbenciais redimensionados. Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível nº 70052453941. Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 19/11/2015)

No exame dos acórdãos, observa-se o reconhecimento de dano moral indenizável, quando o fato extrapola os limites do descumprimento contratual, trazendo consequências de real dano imaterial. Por outro lado, também rejeita-se a configuração do dano moral, quando o descumprimento contratual não resulte em efetiva lesão ao patrimônio moral. Constata-se, por fim, que a apuração da existência dessa espécie de dano não está relacionada à origem do fato, mas ao tipo de prejuízo suportado e à forma da lesão verificada.

Não é outro o entendimento que se observa na doutrina e na jurisprudência de Portugal. Em uma primeira fase, a resistência à indenização por danos morais se fez presente. Argumentava-se que, pela

disposição topográfica dos preceitos normativos no Código Civil, o legislador quis contemplar com o reconhecimento de dano moral indenizável apenas aquele decorrente da responsabilidade extracontratual. Isto porque o disciplinamento da fixação indenizatória se deu pelo art. 496º⁸⁹. Portanto, após a fixação do princípio geral da responsabilidade por fatos ilícitos (art.483º)⁹⁰ e antes das disposições relativas ao não cumprimento dos contratos e às responsabilidades decorrentes (art.798º)⁹¹.

A fundamentação à resistência ao dever indenizatório continua, sob o argumento de que o reconhecimento de tal direito traria um aumento expressivo no campo litigioso. Alega-se o uso excessivo do Poder Judiciário para solucionar essas questões, embora elas estejam enquadradas nos desdobramentos da inexecução dos contratos. Esses elementos de resistência apontados por Pedro Branquinho Ferreira

⁸⁹Artigo 496º (Danos não patrimoniais)

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.

⁹⁰Artigo 483º (Princípio geral)

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

⁹¹Artigo 798º (Responsabilidade do devedor)

O devedor que falta culposamente ao cumprimento da obrigação torna-se responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

Dias,⁹² com os quais não concorda, não são atualmente recepcionados nem pela doutrina, nem pela jurisprudência portuguesa. No campo doutrinário, entre os que claramente admitem o reconhecimento do dano imaterial nesses casos, destacam-se Cunha Gonçalves, Vez Serra e Pinto Monteiro. Já na esfera jurisprudencial, os seguintes julgados acolhem a possibilidade de dano moral decorrente de relações contratuais:

1. Na responsabilidade contratual são indemnizáveis os danos não patrimoniais que mereçam a tutela do direito, isto é, desde que se apure uma grave lesão susceptível de causar, segundo a experiência da vida, danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica.

2. O contrato de depósito bancário é um contrato bilateral inominado, mas com características de depósito irregular e de mandato, nos termos do qual o Banco assume a obrigação de restituir ao depositante importância igual à depositada por este.

3. Deve considerar-se como gravemente negligente a actuação da instituição bancária ré que, face às ordens de transferência do dinheiro que lhe foram endereçadas por terceiro não concretamente identificado (em montante total de € 245.577,30), não mereceram da parte daquele uma actuação conforme as normas procedimentais que regulamentam a sua actividade, tendo mesmo agido ao arrepio de elementares regras de rigor e prudência que regem a actividade bancária, assim deferindo tais ordens em prejuízo directo do A. que viu correspondentemente esvaziadas as suas contas.

4. Sendo então o montante de € 10.000,00 adequado e proporcionado a compensar o A. dos danos não patrimoniais que na circunstância sofreu, e que pela gravidade da lesão sofrida são merecedores de tutela jurídica.⁹³

Sumário: I-Tanto na responsabilidade contratual como extracontratual é possível a ressarcibilidade do dano da perda de chance ou de oportunidade naquelas situações em que exista uma possibilidade real de se alcançar um determinado

⁹² DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. *O dano moral na doutrina e jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2001, pp.34 e 35.

⁹³ Tribunal da Relação de Coimbra. Processo: 505/08.5TBTND.C1. Relator: Luis Cravo. Data do julgamento: 26/02/2013. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em 21/01/2016.

resultado positivo, ainda que de verificação incerta e um comportamento de terceiro que, por acção ou omissão, elimine de forma definitiva a possibilidade de esse resultado se vir a produzir.

II- A flexibilização do conceito de dano, de forma a permitir uma maior aproximação da aplicação do direito às realidades actuais, conduz ou deve conduzir a que a chance ou oportunidade perdida seja merecedora de tutela do direito, sendo que na responsabilidade contratual não se poderá pôr em causa a relevância jurídica da violação das chances que constituem objecto da prestação devida, sobretudo quando tal violação elimine de forma definitiva a produção do resultado querido e fortemente expectável.

III- Sem prejuízo do reconhecimento da margem de liberdade de actuação, inerente à autonomia profissional e independência técnica da intervenção forense, são as exigências específicas próprias dum exercício profissional, designadamente em sede de diligência, que fundamentam a responsabilidade de quem presta profissionalmente serviços; violados deveres de conduta adequados ao caso, incumprido ou defeituosamente cumprido o contrato de mandato forense, ocorre ilícito gerador da obrigação de indemnizar.

IV- É, actualmente, entendimento quase unânime deste STJ a possibilidade de valoração/tutela dos danos não patrimoniais na responsabilidade contratual, desde que tais danos sejam em si graves (art. 496.º do CC) e desde que do clausulado (ou de normas imperativamente aplicáveis) não resulte uma sanção autónoma para o incumprimento. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 739/09.5TVLSB.L2-A.DS1. 1ª Secção. Relator: Mário Mendes. (Acesso em 31/01/2016)).

Sumário: 1.O princípio geral de boa fé tem relevância na sua dupla dimensão objectiva e subjectiva, enquanto regra de conduta e exigência de respeito mútuo e como interdição de enganar outrem ou de agir em relação a outrem com a intenção de prejudicar.

2. A responsabilidade pré-contratual abrange os danos, patrimoniais e não patrimoniais, provenientes da violação de deveres de informação e de lealdade decorrentes do dever de boa fé pré-negocial.

3. A indemnização por danos não patrimoniais deve determinar-se, tendo em conta a gravidade da culpa do autor

do facto ilícito, a situação económica do lesante e do lesado, a equidade e as circunstâncias do caso.⁹⁴

Reforçando sua posição pela admissibilidade de fixação reparatória, em casos de descumprimento de contrato, Pedro Branquinho Ferreira Dias⁹⁵ faz alusão à Lei nº 149/99, de 31 de agosto, que trata da dispensa de trabalhadora grávida, em estado puerperal ou lactante. Estabelece a citada lei que, sendo a dispensa inválida, terá ela direito ao retorno ou à indenização prevista em dobro e, em qualquer dos casos, indenização por dano não-patrimonial. Assim, existe amparo legal não só para a aceitação, mas também para o expreso reconhecimento da indenização por dano moral decorrente de relação contratual de trabalho, nas hipóteses previstas na citada lei.

Pedro Romano Martinez⁹⁶ esclarece que “a indemnização por danos não patrimoniais não se circunscreve às situações enquadráveis no âmbito da responsabilidade extraobrigacional; o incumprimento de uma obrigação também pode gerar dano moral indemnizável”. No mesmo sentido, posiciona-se Luís Manuel Teles de M. Leitão.⁹⁷ Segundo esclarece, depois de muita controvérsia sobre o reconhecimento da necessidade de se indenizar essa espécie de dano, ela passou a ser admitida, acrescentando: “Apesar da sua deficiente localização em sede de responsabilidade delitual, trata-se de disposição aplicável a toda responsabilidade civil, incluindo naturalmente a responsabilidade contratual.”

⁹⁴Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Processo: 287/10.0 TBMIR. S1. 1ª Secção, Relatora: Maria Clara Sottomayor. Data de julgamento: 25/02/2014. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>> . Acesso em: 31.01.2016.

⁹⁵DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. Op. cit., p.37.

⁹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações. Programa 2014/2015*. Apontamentos. Lisboa: AAFDL, 2014. p.113.

⁹⁷LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*.12 ed.,. Coimbra: Almedina, 2015, p.302.

Idêntico entendimento tem Mário Júlio de Almeida Costa.⁹⁸ Afirma que, apesar da inconsistência na formulação e localização do disciplinamento da indenização por dano moral, certamente inclui-se o ressarcimento por esse tipo de dano decorrente de relações contratuais. Ressalva, porém, que, nesses casos, devem ser levadas em consideração a gravidade e a relevância jurídica do dano, para que possa ser qualificado como indenizável. Por fim, deixa expresso que a dificuldade em se apurar o *quantum* ou a busca da proteção jurídica pelo lesado não podem ser, mesmo acarretando problemas aos tribunais, fundamento de exclusão do reconhecimento do dever indenizatório.

Como se observa, passou-se a admitir a reparação por dano moral decorrente do incumprimento das obrigações. Essa hipótese tomou tal dimensão que a doutrina passou a adotar a denominação de dano moral extracontratual e dano moral contratual. Assim, importa distinguir se o fato configurou mero descumprimento de contrato ou se ultrapassou a barreira do inadimplemento, acarretando dano moral. Deve-se, portanto, verificar a existência de uma obrigação prévia, o descumprimento da obrigação e, para além do efeito normal do inadimplemento, um dano ocasionado à esfera imaterial da parte prejudicada pela quebra do contrato.

É inegável que, nos dias atuais, as relações contratuais, notadamente as relativas às relações consumeristas, alcançaram grande relevo, por integrarem o cotidiano da população. As demandas envolvendo direito do consumidor tomaram grande projeção no Brasil. Em consequência, há expressivo número de demandas envolvendo direito do consumidor e, portanto, pleitos indenizatórios decorrentes dessas relações. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

⁹⁸ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra. 12 ed., Almedina. 2014, pp. 599-604.

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Direito do consumidor e processual civil. Plano de saúde. Indevida negativa de cobertura do custeio de material solicitado pelo médico para a realização de procedimento cirúrgico. Premissa fática assentada pelas instâncias ordinárias. Caracterização de dano moral *in re ipsa*. Indenização por danos morais devida. Precedentes. Enunciado n.º 83 da súmula do STJ. Pretensão de minorar indenização por danos morais. Exorbitância não caracterizada. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental improvido.

1. Segundo a jurisprudência pacífica do STJ, a cláusula que exclui da cobertura do plano de saúde órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor é abusiva, razão pela qual a recusa indevida pela operadora do plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico faz nascer o dever de reparar os danos morais produzidos pelo agravamento da situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, que se configura como dano moral *in re ipsa* (independente de prova). Precedentes.

2. Nas hipóteses em que o valor fixado para a indenização por danos morais não se afigurar exorbitante ou irrisório, por observar o postulado da proporcionalidade, a pretensão recursal esbarra no enunciado n.º 7 da Súmula do STJ. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.⁹⁹

A questão controversa constante nesse acórdão é frequentemente levada à decisão dos tribunais brasileiros. Quase sempre envolve reiteradas negativas dos planos de saúde em arcar com material necessário para a realização de cirurgias, notadamente quando se trata de órteses ou próteses. Muitas vezes, não consta expressamente dos contratos firmados entre prestadoras e consumidores o fornecimento do material. No entanto, consta a cobertura de cirurgias, abrangendo todos os procedimentos apontados como imprescindíveis para a realização do ato cirúrgico. Apesar disso, as operadoras de plano de saúde se

⁹⁹ STJ. Terceira Turma. AgRg no AREsp 785.243/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 03/12/2015. Publicado em 14.12.2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 15.12.2015.

esquivam da cobertura de materiais, impondo ao contratante a obrigação de custeá-los.

Porém, nos últimos anos, os tribunais brasileiros vêm consolidando o entendimento de que, caso não conste expressamente no contrato a exclusão de cobertura de materiais, especialmente, órteses e próteses, deverão as contratadas arcar com o fornecimento desses itens. Ora, quando fica estabelecida, nos contratos, a cobertura dos procedimentos cirúrgicos, seria inviável ao contratante-consumidor prever quais os materiais necessários à cirurgia. Dessa forma, tem a expectativa legítima de que, sendo necessária alguma intervenção cirúrgica, estariam seguros com a cobertura contratual.

Na maioria das situações, o dano moral se funda no transtorno à esfera emocional do paciente. Muitas vezes, ele fica privado da realização do procedimento, normalmente de urgência, em decorrência de sua impossibilidade de arcar com os materiais cirúrgicos necessários. A jurisprudência pátria caminha para o acolhimento do pleito de reparação imaterial, quando a recusa infundada do contratante resulta no adiamento e até no cancelamento da cirurgia causando abalo extraordinário ao contratante.

Em abono a esse entendimento, transcrevem-se duas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A primeira confirma o reconhecimento do dano moral e a necessária compensação por entender que o descumprimento do contrato provocou abalo extraordinário na esfera moral do paciente. A segunda nega a ocorrência do dano moral, alegando a inexistência de demonstração de situação que extrapolasse a negativa de cumprimento e o abalo ilegítimo à esfera moral do paciente:

Recurso nominado. Consumidor. Plano de saúde. Ação declaratória de nulidade, c/c restituição e indenização por danos morais. Aplicação do CDC. Súmula 469 do STJ.

Ausência de cobertura do plano de saúde. Próteses pagas pela autora. Dever de reembolsar os valores. Dano moral configurado, excepcionalmente. *Quantum* mantido. A parte autora pede provimento ao recurso para majorar o *quantum* indenizatório por danos morais, alegando a abusividade da cobrança integral relativa ao fornecimento de prótese cirúrgica. Por seu turno, alega a parte ré que fora realizada cobrança parcial dos custos da prótese e que, portanto, se trata de cobrança legal de taxa de co-participação de 20% sobre os valores de próteses e acessórios ligados ao ato cirúrgico. Ocorre, contudo, que a parte ré não logrou êxito em demonstrar a parcialidade da cobrança, ônus que lhe cabia, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC e 6º, inciso VIII, do CDC. Assim, não tendo sido demonstrada a cobrança de somente 20% do valor integral dos materiais, impõe-se o reconhecimento da abusividade da mesma, eis que representa exclusão de cobertura essencial, o que se afigura conduta abusiva, conforme precedentes do STJ. Ainda que se configurasse a cobrança parcial, tem-se que a taxa de co-participação, por si só, já se configuraria abusiva, eis que explicita ausência de cobertura do plano de saúde. Mantida a condenação da ré relativa à restituição da quantia de R\$ 685,00 paga pelas próteses, conforme recibo de fl. 30. No caso concreto, resta configurado o dano moral, eis que a autora é pessoa de mais de oitenta anos, que teve indevidamente cobrada quantia a maior relativa a próteses de procedimento cirúrgico, situação que extrapolou o mero dissabor da vida cotidiana. Por seu turno, também não prospera a pretensão da autora de majoração da indenização por danos morais fixada em R\$ 2.000,00, eis que o *quantum* mostra-se condizente com os parâmetros que vêm sendo admitidos por esta Turma em casos análogos. Sentença mantida. Recursos improvidos.¹⁰⁰

Agravo regimental interposto contra decisão monocrática proferida em apelação cível. Recurso recebido como agravo interno. Seguros. Ação de obrigação de fazer, cumulada com indenização por dano moral. Plano de saúde. Próteses. Recusa de cobertura indevida. Dano moral não configurado. Trata-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação da parte autora manejada nos autos da ação cominatória, cumulada com indenização por dano moral. Irresignação recursal, nominada como agravo regimental, que merece ser recebida como agravo interno, a qual possui previsão legal no parágrafo primeiro do art. 557 do CPC. Negativa de cobertura. A irresignação recursal não comporta provimento, tendo em vista que, *in casu*, a parte agravante não trouxe qualquer subsídio com capacidade de possibilitar a alteração dos fundamentos da decisão vergastada, razão pela qual resta mantida na integralidade. Dano moral. O descumprimento contratual não

¹⁰⁰ TJRS. Primeira Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71005147764, Relator: Fabiana Zilles. Julgado em 25/11/2014. Publicado em 27/11/2014. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 07.02.2016.

gera dever de indenizar, salvo quando os efeitos do inadimplemento, por sua gravidade, exorbitarem o mero aborrecimento diário, atingindo a dignidade da vítima. Não é este o caso. Agravo interno parcialmente provido.¹⁰¹

4.5 Reconhecimento e natureza jurídica da compensação por dano moral: conteúdos compensatório, punitivo e preventivo

A admissibilidade da reparação por dano moral repercutiu na natureza jurídica da fixação indenizatória. Nesse aspecto, uma linha de pensamento doutrinário rejeita a ideia de reparação, fundando-se na necessidade, tão só, de penalizar o ofensor. Segundo essa corrente, seria ultrajante admitir a possibilidade de se pagar pelo dano, de se indenizar um dano de ordem moral. Com esse argumento, tal corrente defende a necessidade de punição do agente causador do mal. Haveria, então, uma espécie de pena privada imposta ao autor da conduta danosa.

Como um dos adeptos dessa corrente, Georges Ripert, referido por André Gustavo Corrêa Andrade¹⁰², entende como imoral a reparação pecuniária por lesão a bem imaterial. Segundo esclarece, a ação deveria pleitear apenas a punição do autor. Assim, a imposição de obrigação ao causador do dano se revestiria de caráter sancionatório. Para demonstrar a imoralidade da reparação nesses casos, exemplifica com o sofrimento suportado por um filho que perde o pai. Como se percebe, os adeptos dessa teoria rejeitam a ideia de reparação, sob o fundamento de que seria vergonhoso alguém receber valores em dinheiro, quando o bem

¹⁰¹ TJRS. Sexta Câmara Cível. Agravo Regimental nº 70059236588. Relator: Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 25/09/2014. Publicado em 30/09/2014. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 07.02.2016.

¹⁰² CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 148.

afetado possui outra ordem de grandeza e, por isso, não pode ser compensado em pecúnia.

Nessa mesma direção é a visão de Savatier, igualmente citado por André Gustavo Corrêa Andrade¹⁰³. No entendimento daquele autor, em situações de gravidade acentuada, a pena deveria ser fixada por meio de indenização. No entanto, deveria ser refutada qualquer tentativa de se atribuir conteúdo compensatório. É que, para ele, tal medida repugna a consciência coletiva, ao se pensar em atribuição material, quando o bem agredido for de conteúdo moral.

Como se observa, essa concepção tem um conteúdo pouco realista e possui fundamento jurídico de difícil assimilação. Justamente por esse motivo, não obteve muitos seguidores, mesmo sendo defendida por doutrinadores da envergadura dos dois acima citados. Apesar de ser correto o entendimento de que se trata de diferentes ordens de valores, não se pode afastar a possibilidade de compensar com valores materiais o que é imaterial. É, na verdade, uma solução de ordem prática e lógica, sem qualquer cunho de imoralidade. Assim, não há como se sustentar uma teoria que admite o pagamento em pecúnia, mas somente como uma pena privada, não tendo caráter de compensação à vítima. Mesmo que se entenda admissível a visualização da função punitiva na verba a ser fixada, seria um moralismo pouco sustentável afastar-se o caráter de compensação da resposta estatal. É certo que nem sempre se pode restituir o dano por bens de igual natureza, ocorrendo impossibilidade até mesmo na reparação de danos materiais. Examinando-se a jurisprudência, não se vislumbra decisão que tenha conteúdo puramente punitivo para essa modalidade indenizatória. Tal fato reafirma que essa linha de pensamento não foi bem recebida e não angariou muitos adeptos.

¹⁰³CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. Op. cit., p. 148.

A concepção doutrinária e jurisprudencial majoritária sustenta que não se trata de atribuir preço à dor, mas de trazer lenitivo à vítima. Significa que a indenização, no caso de dano moral, não tem o objetivo de restaurar o dano, até mesmo pela impossibilidade lógica desse tipo de reparação. Busca-se, assim, atribuir uma compensação, uma satisfação ao ofendido. O propósito não é desfazer o mal causado pela lesão, com o ressarcimento, mas aplicar a indenização pecuniária como conforto.

Na lição de Ramón Daniel Pizarro¹⁰⁴, não se trata de colocar preço à dor, mas de oferecer uma resposta jurídica satisfatória. Como anota Rodrigo Mendes Delgado¹⁰⁵, não se põem à venda valores de alta relevância, tendo a indenização o objetivo de compensar a vítima pelos danos causados injustamente. Segundo enfatiza, o caráter compensatório é observado porque, caso fique sem reparação essa espécie de dano que atinge a dignidade humana, tal omissão colocaria em risco a própria estabilidade social. Como se sabe, para ser harmônica, uma sociedade deve respeitar a individualidade de cada um de seus integrantes.

Para os adeptos dessa linha teórica, em caso de dano moral, deve-se adotar a ideia de equivalência entre dano e retribuição. Essa forma de pensamento tem por fundamento a necessidade de propiciar satisfação àquele que suportou o dano. Busca-se, com a indenização, minorar os impactos causados pela lesão. Ela funciona como um lenitivo, um remédio que possa atenuar o sofrimento da vítima, embora não tenha o potencial de desfazer o dano. Por tal motivo, seria mais adequado o emprego da palavra “satisfação” e não “compensação”, “indenização” ou “reparação”. É que a primeira afastaria conteúdo de contrapartida, algo impossível em se tratando de dano moral.

¹⁰⁴ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p.97.

¹⁰⁵ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3 ed., Lrme: J.H. Mizuno, 2011, p.124.

Trilhando por esse caminho teórico, Clayton Reis¹⁰⁶ refuta a existência de caráter punitivo na indenização por dano imaterial. Em seu entendimento, o caráter compensatório é o único compatível com a essência da responsabilidade civil. A indenização deve ser proporcional à lesão, não sendo admissível qualquer atribuição de valores que possam penalizar o agente causador do dano. Nessa mesma trilha é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁷. Ele reconhece a presença do caráter punitivo na reparação do dano moral, com aplicação de sanção ao causador do dano, mas acrescenta que tal caráter deve ser visto com cautela. Nesse sentido, esclarece que o campo da responsabilidade civil é de direito privado e não de direito público, cabendo a este a repressão de condutas. Vários doutrinadores rejeitam a existência de outro elemento, que não o estritamente compensatório, como justificador da indenização por dano moral. Afirmam que uma eventual função punitiva ou algum conteúdo punitivo na indenização resultariam em um desvirtuamento da função precípua da responsabilidade civil.

Na doutrina e jurisprudência brasileira e portuguesa, atualmente, é inegável a prevalência do entendimento da existência de um duplo papel da indenização por dano moral: com foco na vítima, agiria compensando o dano; com foco no ofensor, atuaria penalizando o agente. Idêntico entendimento é adotado pela doutrina e jurisprudência de vários outros países integrantes do sistema romano-germânico¹⁰⁸. Na Itália, a responsabilidade civil assume, em primeiro lugar, a função de prevenir ações lesivas a direito da personalidade, especialmente o bom nome, a

¹⁰⁶REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização por dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.274.

¹⁰⁷THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 46.

¹⁰⁸GONÇALVES, Eveline Mendonça Felix. *A função punitiva de indenização por dano moral*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 3, nº 9. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 6.845-6.847.

reputação, a honra, a vida privada e a integridade física. Em segundo lugar, tem a função de ressarcir os danos, conforme anota Paolo Gallo¹⁰⁹.

Já em França, as decisões dos tribunais têm o objetivo de punir o ofensor, bem como de prevenir ações futuras. Assim, para além da natureza compensatória, atuam como fatores determinantes no lastro jurídico do reconhecimento do conteúdo punitivo nas indenizações por dano moral. A doutrina francesa entende que esse tipo de decisão tem caráter desestimulador ao ofensor (prevenção específica). Busca, também, desestimular outros indivíduos que poderiam agir da mesma forma (prevenção geral), conforme enfatiza Rodrigo Pereira Ribeiro de Oliveira¹¹⁰. Também na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a função dúplice da indenização por dano imaterial. Uma delas é a função de satisfação que deve o autor do dano ao ofendido, de modo a atenuar o dano sofrido; a outra é imputar um sacrifício patrimonial ao agente e prevenir eventos futuros da mesma natureza.

Caio Mário da Silva Pereira¹¹¹ destaca essa conjugação de funções no sistema jurídico do Brasil: punir o ofensor que lesou bem jurídico imaterial e dar satisfação à vítima, entregando-lhe algo material. Convém reafirmar que o retorno à situação anterior é inviável, em razão da própria natureza da lesão. Sergio Cavalieri Filho¹¹² também reconhece a impossibilidade da *resitutio in integrum*. Por esse motivo, deve aplicar-se uma compensação financeira, que funcionará também como uma espécie de pena privada. Yussef Said Cahali¹¹³, por sua vez,

¹⁰⁹GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano:Giuffrè, 1996, p.101.

¹¹⁰OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012., p.54.

¹¹¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990., p.138.

¹¹²CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2008, pp.79-81.

¹¹³CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.175.

enxerga a existência de uma função tríplice na indenização por dano moral: reparatória, punitiva e preventiva.

Américo Luis Martins da Silva¹¹⁴ visualiza duas funções para essa espécie de indenização: função expiatória, com relação ao ofendido; função satisfativa, com relação à vítima. A primeira visa a atingir o patrimônio do lesante, que recebe uma pena por sua ação ilícita. Tal função não se limita ao agente, tendo também repercussão coletiva, na medida em que alcança uma finalidade pedagógica geral. Já a função satisfativa tem por objetivo estabelecer um valor monetário capaz de viabilizar satisfações razoáveis ao lesado, contribuindo para compensar o dano. Neste sentido, transcrevem-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Maranhão, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região e do Superior Tribunal de Justiça:

Direito administrativo. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c danos morais e materiais. Obra de alargamento de via pública. Ausência de projeto de escoamento. Inundação de imóvel. Dano moral configurado. Apelação improvida. I - Tendo sido comprovado o ato ilícito cometido pelo município ao realizar obra de alargamento de via pública sem o devido projeto de escoamento de água, está caracterizado o dever de indenizar. II - A indenização por dano moral possui dupla função, ou seja, recompensar o lesado pelo dano sofrido e como medida pedagógica para o ofensor, para que não volte a praticar ato ilícito. III - A indenização no valor de R\$ 5.000,00 é proporcional e razoável, não ocasionando enriquecimento ilícito. IV - Apelo improvido.¹¹⁵

Civil. Processual civil. Apelação civil. Consumidor. Duplicata quitada levada a protesto. Art. 14 do CDC. Vícios na prestação de serviço bancário. Indenização por dano moral. Cabimento. Solicitação de majoração da quantia fixada na sentença para danos morais. Sentença mantida. 1. Segundo a Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, a relação jurídica estabelecida entre instituição bancária e seus clientes possui natureza consumerista. Todavia, a facilitação da defesa dos

¹¹⁴ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61-62.

¹¹⁵ TJMA. Quinta Câmara Cível. APL: 0567952013. Relatora: Des. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. Julgado em 23/02/2015. Publicado em 05/03/2015. Disponível em <http://jurisconsult.tjma.jus.br/>. Acesso em 29.11.2015.

direitos do contratante, tais como a responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço e a inversão do ônus da prova - entre outras positivadas no teor do CDC -, depende da constatação do magistrado da verossimilhança das alegações. Precedentes. 2. Nos termos do art. 14 da Lei 8.078/90, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos morais causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Porém, o § 3.º, I e II, do mesmo artigo exige o fornecedor da responsabilidade aventada, pelos serviços prestados, ao ser constatada a inexistência do alegado defeito (I) ou verificada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros (II). Precedente: AC 0041934-43.2005.4.01.3800/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ de 03/12/2013. 3. A indenização em danos morais deve cumprir dupla função, compensar o sofrimento injustificadamente causado a outrem e sancionar o causador, funcionando como forma de desestímulo à prática de novas condutas similares. Apesar disso, não deve ser excessiva, para não caracterizar o enriquecimento ilícito do lesado. Nesse sentido, correto o magistrado de base que estipulou o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) como indenização a título de danos morais. Precedentes. 4. Na hipótese, a CEF enviou ao Cartório de Protesto duplicata quitada na data do vencimento, ensejando, em virtude dessa conduta, sua responsabilidade pelo ocorrido. 5. Apelação a que se nega provimento.¹¹⁶

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Protesto indevido. Pessoa jurídica. Dano *in re ipsa*. Precedentes. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade. Agravo não provido. 1. A caracterização do dano moral decorrente do protesto indevido de título independe de prova, observando-se que, ao assim decidir, o aresto recorrido alinhou-se à jurisprudência desta Corte, que diz: "Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica" (REsp 1.059.663/MS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado em 17/12/2008). 2. Na fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa. Nessas circunstâncias, considerando a gravidade do ato, o potencial econômico do ofensor, o caráter punitivo-compensatório da indenização e os parâmetros adotados em casos semelhantes, não se mostra desarrazoada ou desproporcional a fixação do *quantum* indenizatório em

¹¹⁶ TRF-1. Sexta Turma. AC nº 54283120064013801 MG. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Julgado em 31/03/2014. Publicado em 11/04/2014. Disponível em <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acesso em 29.11.2015.

R\$15.000,00 (quinze mil reais).3. Agravo regimental não provido.¹¹⁷

Para Ronaldo Alves de Andrade¹¹⁸, a indenização por dano moral tem natureza compensatória, mas carrega, também, certo cunho de pena. Com esse entendimento, apesar de definir a natureza jurídica da indenização como compensatória, não afasta o caráter punitivo impregnado na ação. Visualiza, assim, dupla função nessa forma indenizatória. Ressalva, no entanto, que o objetivo central é a compensação pelo dano, assinalando: “Embora admitindo a natureza jurídica da indenização do dano moral como reparatória de dano, não podemos deixar de enxergar certo caráter de pena, aliás, eficaz, onde a indenização funciona como meio de coibir ofensa aos direitos da personalidade, mormente nos casos onde o direito atingido assume caráter extremamente subjetivo quanto a sua caracterização e intensidade.”.

Enfatiza o citado autor que, atualmente, a natureza penal da reparação tem sido destacada pela necessidade de se coibirem condutas reiteradas, especialmente em situações envolvendo direito do consumidor. Nesse campo de relações consumeristas, muitas vezes, as práticas abusivas atingem milhares de pessoas. Em tais hipóteses, os questionamentos, sejam diretamente junto à empresa, sejam por meio judicial, são bem menores do que os atos lesivos cometidos. Isso acaba por incentivar condutas pouco éticas e abusivas que trazem benefícios financeiros às empresas, sem a efetiva repressão a essas condutas. Por fim, entende o autor em referência que, em casos de relações de consumo de massa, exatamente para que se possa ter um resultado mais efetivo, a natureza repressiva da indenização deve ser prevalente,

¹¹⁷ STJ. AgRg no AREsp 633.251/SP. Rel. Ministro Raul Araújo. Julgado em 05/05/2015. Publicado em 26/05/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 30.11.2015.

¹¹⁸ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp.27-31.

sob pena de se fomentarem procedimentos reiterados de lesão aos consumidores.

Como se observa, existe um consenso na doutrina, reconhecendo as funções da responsabilidade civil: a reparatória, com relação aos danos materiais; a compensatória, com relação aos danos morais. Quanto a estes últimos, também Daniela Courtes Lutzky¹¹⁹ acrescenta a ideia de função punitiva. Segundo esclarece, não sendo possível a reparação, no íntimo da vítima, fica a ideia de que, com a compensação, impõe-se uma penalidade ao ofensor, o que não deixa de ser uma forma civilizada de vingança. Punindo, atinge-se a prevenção; prevenindo, impõe-se a punição.

Também Carlos Roberto Gonçalves¹²⁰ enxerga a existência da natureza dúplice na indenização por dano moral. Afirmar ser insuficiente apontar-se somente a presença do conteúdo punitivo ou compensatório. Para ele, não deixa de haver, na fixação indenizatória, um conteúdo sancionador indireto. Ele se concretiza tanto em relação ao dano moral quanto ao dano material, sendo o caráter punitivo reflexo da própria imposição indenizatória. É importante a observação do autor, porque, no Brasil, admite-se com certo receio o caráter punitivo com relação ao dano moral quando efetivamente ele está implícito ou é mesmo decorrente de qualquer imposição indenizatória.

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, segundo anota Maria Helena Diniz¹²¹. Discorrendo sobre a natureza jurídica da reparação, afirma que a fixação de valores impõe ao agente uma diminuição de seu patrimônio, como

¹¹⁹ LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação dos danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 162.

¹²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 504 e 505.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Volume 7: responsabilidade civil*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 131 e 132.

forma de indicar a reprovabilidade de sua ação. Por sua vez, a compensação propicia à vítima uma grande satisfação capaz de atenuar o mal suportado. Por fim, anota: “A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização por dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade etc.”

Em Portugal, também admite-se a existência da natureza punitiva na fixação de indenização por dano moral. Examinando-se os arts. 494º e 496º do Código Civil português¹²², verifica-se que, ao tratar dos danos não patrimoniais, o legislador estabelece que a indenização será apurada de forma equitativa, tendo como parâmetros o grau de culpabilidade do agente, sua situação econômica e a do ofendido. Assim, o montante a ser estabelecido dependerá, também, da avaliação da forma de conduta do agente, não ficando adstrito ao dano causado à vítima.

¹²²Artigo 494º (Limitação da indemnização no caso de mera culpa)

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Artigo 496º (Danos não patrimoniais)

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.

João de Matos Antunes Varela¹²³ assinala que a indenização deve possuir natureza mista: reparar os danos suportados; reprovar e punir, com os recursos do próprio direito civil, a conduta ilícita do lesante. António Menezes Cordeiro¹²⁴ também admite a possibilidade de visualização da existência de cunho punitivo nas indenizações por dano moral, enfatizando:

O dever de prestar principal, numa obrigação de indemnização, é ainda informado pelas funções preventivas e retributivas que hoje se atribuem à responsabilidade civil e pelo papel compensatório, sempre que o dano não seja ressarcível. Também neste ponto encontramos argumentos para pôr termo ao miserabilismo registrado na fixação das indenizações. Ontologicamente a indenização simbólica ou deprimida não realiza o escopo da obrigação de indemnizar.

Na mesma direção, arremata Luís Manuel Teles de Menezes Leitão¹²⁵: “Daqui resulta que a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória, mas também cariz punitivo, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagravá-la do comportamento do lesante”. Com esse entendimento, deixa patente o reconhecimento da dupla natureza do ressarcimento de dano moral. Reconhece, com clareza absoluta, a presença do cunho punitivo no valor a ser atribuído à vítima do ato danoso.

¹²³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed.. Coimbra: Almedina, 2000, p. 207.

¹²⁴ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II. Direito das obrigações*. Tomo III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 758.

¹²⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Coimbra. 12 ed., Almedina. 2015, p. 303.

Rui Soares Pereira¹²⁶ analisa a questão da natureza da reparação por danos morais. No seu ponto de vista, não há justificativa para se rejeitar a função punitivo-preventiva. Entende que a distinção ontológica entre direito privado e direito penal é sutil, na medida em que ambos têm a mesma origem. Suas funções foram separadas posteriormente, para fins de classificação e estudo, devendo a fronteira entre ambos ser vista com adequada flexibilidade. Com pertinência, afirma que, até mesmo em direito penal, esse entrelaçamento vem ocorrendo ante a viabilidade de se oferecer ao lesante a possibilidade de reparação da vítima como causa de extinção da punibilidade.

A reparação por danos não-patrimoniais possuiria, assim, uma finalidade primária e outra complementar. A função compensatória proporcionaria a atenuação do sofrimento da vítima, por receber certa quantia em dinheiro. A função complementar, por ter caráter preventivo e punitivo, traria ao lesante e à sociedade a ideia de freio. Funcionaria como um desestímulo à prática de ações danosas, ante a perspectiva de imposição de uma pena pecuniária.

Entende Elsa Dias Oliveira¹²⁷ que é inegável a presença das funções punitiva e preventiva, quando da fixação de indenização, apesar de reconhecer diferenças de intensidade no efeito dessas funções. Conforme afirma, tanto no direito alemão como no francês, a função compensatória é a prevalente, mas isto não afasta as outras duas. No que diz respeito à orientação jurisprudencial francesa, a margem de discricionariedade dada aos tribunais faculta que, quando da fixação dos valores de indenização, serão levadas em conta as finalidades preventiva

¹²⁶ PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não patrimoniais do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 216-226.

¹²⁷ OLIVEIRA, Elsa Dias. *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 159-171.

e punitiva. Ressalta que o receio de se atribuir relevo a essas funções vem da tradicional separação entre lei civil e lei criminal. Com relação a esta última, reconhece que há uma gama de garantias que não se aplicam à primeira.

No entanto, cabe à responsabilidade civil, pela relevância dos valores que visa a proteger, concretizar-se também com base nas funções punitiva e preventiva, quando da fixação de indenização, pois envolve questões diretamente ligadas à dignidade humana. Acrescenta a citada autora que os *punitive damages*, admitidos no *common law*, têm caráter autônomo e são fixados objetivando apenas a punição e a prevenção de comportamentos lesantes. Mas isto não implica dizer que, nos sistemas jurídicos romano-germânicos, não haja influência de razões com conteúdo de punição e prevenção.

Tomando-se como base os ensinamentos da doutrina portuguesa, verifica-se que, no bojo da indenização por dano imaterial, existe uma razão punitiva e outra preventiva, além do primordial conteúdo de compensação. As fundamentações doutrinárias indicam que, em se tratando de dano moral, devem-se observar a própria natureza do bem lesado, a imprecisão do valor a ser atribuído e também o direito atingido. Feitas essas observações, impõe-se o estabelecimento do *quantum* capaz de compensar o atingido e de punir o agente, prevenindo ações lesivas futuras. Nos julgados portugueses, observa-se uma crescente utilização do duplo caráter da indenização por dano imaterial. Normalmente, são observados os critérios de equidade, a condição do lesado e do agente e as circunstâncias particulares do caso. Nesse sentido é a seguinte decisão:

Mostra-se adequada a indemnização de €15.000,00 para a reparação do dano não patrimonial do lesado que, em decorrência de acidente de viação, sofreu, no essencial, o seguinte conjunto de malefícios:

- Internamento de um dia para o outro no serviço de urgência hospitalar;
- Traumatismo no tórax, face, nariz, hematoma do músculo tríceps de um braço e fratura de dois dedos do pé;
- Imobilização com aparelho gessado durante seis semanas;
- Repouso forçado, com pé elevado, durante uma semana
- Necessidade do uso de canadianas durante alguns meses;
- Submissão à fisioterapia, a diversas consultas clínicas, a exames e a injeções;
- Dores muito intensas durante as primeiras duas semanas, e que se mantêm;
- Tristeza, insónia, perda de apetite e vergonha pelas limitações físicas.

[...]

Sustenta a recorrente que a indemnização a fixar à recorrida a título de danos morais não deverá ultrapassar o montante de 5.000,00€, quantia essa que, na óptica da recorrente, já traduz de forma muito expressiva a gravidade das lesões da recorrida e que não ofende os valores usualmente arbitrados em situações de gravidade substancialmente superior.

Como se sabe, o fundamento para o ressarcimento deste tipo de danos encontra-se no art.º 496º, n.º 1, do Cód. Civil, estabelecendo o n.º 3 do mesmo preceito, através de remissão para o art.º 494º do Cód. Civil, que o montante indemnizatório será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso.

Por dano não patrimonial entende-se o “prejuízo sofrido por qualquer pessoa que não atinge em si o seu património, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O património do lesado não é afectado; nem passa a valer menos nem deixa de valer mais. Nesta categoria de dano estão incluídos todos os prejuízos sofridos pelo sujeito passivo que

não atingem os seus bens materiais, ou que, de qualquer modo, não alteram a sua situação patrimonial.

O que ocorre é uma ofensa de bens de carácter imaterial, desprovidos, portanto, de conteúdo económico e verdadeiramente insusceptível de avaliação pecuniária. São bens como a vida, a integridade física, a saúde, a correcção estética, a liberdade, a honra, a reputação.

A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral” (Cfr para maior desenvolvimento, Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, 12ª edição, pág. 599), desgosto, vexame, emoção, angústia, vergonha, perturbação psíquica, perda de prestígio ou de reputação, complexos de ordem estética, etc., áreas de certo modo impenetráveis e com vertentes que não podem ser alvo de uma valoração objectiva.

Como escreve Delfim Maya de Lucena (in Danos não patrimoniais, Coimbra, 1985, pág. 22), "no domínio dos danos não patrimoniais, atendendo a que a reconstituição natural não é possível, como o não é a tradução em números do volume de dores, angústias e desilusões, o legislador manda logo julgar de acordo com a equidade (cfr. art. 496º, n.º 3, do C. Civil que remete para o art.º 494º do mesmo diploma), devendo o juiz procurar um justo grau de compensação".

Aliás, a própria natureza do dano patrimonial suscita graves problemas a vários níveis da sua quantificação. Por um lado, é difícil a sua averiguação e a sua medida, os seus efeitos não se apagam facilmente (por vezes é mesmo inviável serem apagados) e, por outro, a compensação, que é uma soma em dinheiro, constitui uma grandeza bem diferente e não comparável, de modo algum, ao dano desta natureza. Acresce ainda que o dano não patrimonial versa sobre elementos do foro interno, eivados, como é óbvio, de intensa componente subjectiva, o que eleva o grau de dificuldade quando se pretende traduzi-lo ou convertê-lo em elementos patrimoniais.

Por sua vez, a indemnização a atribuir ao lesado, a título de dano não patrimonial, é concebida em moldes completamente diversos do que ocorre no dano patrimonial, na medida em que, ao invés do que sucede com este, em regra eliminável *in natura* ou por equivalente, nada se reintegra, nada se restitui. Mais, no chamado dano não patrimonial não existe uma verdadeira e própria indemnização, mas antes uma reparação, correspondente a uma soma de dinheiro que se julga adequada para compensar e reparar as dores ou sofrimentos, através do proporcionar de certo número de alegrias, prazeres e satisfações que as minorem ou façam esquecer.

Enquanto a indemnização ressarcitória, típica do dano patrimonial, colmata uma lacuna de conteúdo económico existente no património do lesado, a reparação que ocorre relativamente ao dano não patrimonial encontra o património do lesado intacto, mas aumenta-o para que, com tal aumento, este possa encontrar uma compensação para a dor e restabelecer o equilíbrio na esfera incomensurável da felicidade humana (Diogo Leite de Campos. NÓS, Estudos Sobre o Direito das Pessoas, Almedina, pág. 319).

Quer dizer, a indemnização tem aqui por finalidade compensar desgostos e sofrimentos suportados pelo lesado, de modo a suavizar-lhe as agruras da nova vida diária que terá de enfrentar e a proporcionar-lhe uma melhor qualidade de vida, assumindo ainda uma forma de desagravo em relação ao comportamento do lesante.

Com a atribuição de uma soma em dinheiro pretende-se, em suma, proceder ao contrabalanço das dores (Manuel de Andrade. Teoria Geral das Obrigações, com a colaboração de Rui Alarcão, 3ª edição, Almedina, 1966, págs. 166 e ss), ou à equivalência de sensações, em que uma dolorosa é posta em correlação com uma agradável, visando permitir que o lesado satisfaça um certo número de necessidades, possível através do dinheiro, na certeza, baseada no entendimento realista da vida, de que se não há mal que sempre dure ou não abrande com o decurso do tempo, poucas dores não poderão ser minoradas, ou mesmo esquecidas, através dos múltiplos prazeres que o dinheiro acaba por proporcionar.

Por isso, se considera que tal indemnização reveste uma natureza acentuadamente mista: por um lado, visa reparar de algum modo, mais do que indemnizar, os danos sofridos pela pessoa lesada (natureza ressarcitória); por outro, não lhe é estranha a ideia de reprovar, sancionar ou castigar (cariz punitivo), no plano civilístico e com os meios próprios do direito privado, a conduta do agente (Antunes Varela. Das Obrigações em geral, 9ª edição, Volume I, pág. 630; Inocêncio Galvão Telles. Direito das Obrigações, 7ª edição, Coimbra Editora, 1997, pág. 387).

Para o cálculo da indemnização, em equidade, foi essencialmente considerado na sentença recorrida que: “No circunstancialismo apontado, pelo que sofreu com o acidente e posterior tratamento, pelo número de consultas e tratamentos a que foi sujeita, pelas dores que suportou, pela limitação funcional que a afectou, designadamente ao nível da marcha e da mobilidade do membro inferior esquerdo, no seu dia a dia e na sua actividade laboral, pela repercussão que tudo provocou no seu dia a dia e trabalho, entende-se justo e adequado, para compensar esse dano não patrimonial sofrido, considerando os padrões de vida reportados à data da citação, e todos os demais factores apontados, o grau de culpabilidade do

responsável, a sua situação económica, e as demais circunstâncias referidas, como a desvalorização da moeda, bem como os padrões de indemnização geralmente adoptados pela jurisprudência, entendemos que o montante indemnizatório proporcionado à gravidade do dano, tomando em conta na sua fixação todas as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida, fazendo uso de critérios de equidade, fixar o montante de € 20.000,00 (vinte mil euros)”.

A ré, ora recorrente, sustenta, como acima vimos, que esses danos já estarão suficientemente compensados com um valor de € 5.000,00.

É certo que não há uma tabela específica para esse tipo de dano, pelo que normalmente os tribunais decidem esse montante com recurso à equidade.

Sendo assim, deveremos fixar o montante da indemnização pelos danos não patrimoniais aproximando-os dos valores habitualmente fixados pelos tribunais superiores nesses casos, nomeadamente os fixados por este tribunal da Relação de Guimarães.

Ora, atento ao que cima fica dito e aos factos referidos, exercendo um juízo de ponderação, temos por justa e adequada a fixação da indemnização, nesta parte, de € 15.000,00, por ser o que mais se aproxima dos valores habitualmente praticados neste Tribunal.¹²⁸ [...]

No julgado transcrito, observa-se que foram particularmente considerados os conteúdos compensatório e punitivo da indenização pelo dano imaterial suportado. Foram também pontuados os fatores de fundamentação para a fixação do montante, o que é de extrema relevância para a diferenciação dos casos sob exame e adequada estipulação de valores. Todos esses elementos foram sopesados pelo julgador para chegar a um valor próximo ao ideal.

¹²⁸ Tribunal da Relação de Guimarães 334/10.6TBMNC.G1. Relatora: Estelita de Mendonça. Julgamento em 23/01/2014. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em 21/02/2016.

Soa como equivocado o entendimento de alguns doutrinadores brasileiros que não admitem o conteúdo punitivo na indenização por dano moral. Na verdade, não se trata do reconhecimento dos *punitive damages* adotados pelos países do *common law*. Conforme já assinalado em estudo anterior ¹²⁹, os *punitive damages* ou *exemplary damages* são indenizações pagas em acréscimo à indenização compensatória, quando o agente atuou com negligência, malícia ou dolo. Tem por característica admitir uma soma variável, não estabelecida previamente, sendo, por isso, fixada separadamente dos *compensatory damages*. Assim, em caso de ações em que haja culpa leve, ignorância ou engano, não há que se falar em possibilidade de imposição dos *punitive damages*.

A finalidade dos *punitive damages* é punir o agente, imputando-lhe sanção capaz de demovê-lo da prática de ações semelhantes, bem como de desestimular terceiros que assim pretendam agir. É importante registrar que, em alguns estados norte-americanos, a lei prevê que parte dos valores fixados a título de *punitive damages* irá para fundos públicos. Fica, então, claro que essa espécie de medida em nada se confunde com o conteúdo da reparação por dano moral aplicada no Brasil. Assim, quando se fala em conteúdo punitivo, não se pretende implementar a adoção do sistema dos *exemplary damages*. O conteúdo punitivo, é decorrência lógica, quando se trata de estabelecer valores monetários como reparação a um dano que não possui valoração pré-fixada.

A percepção da existência do citado equívoco conceitual é reafirmada pela verificação de inúmeros projetos de lei que objetivavam estabelecer a possibilidade de fixação indenizatória, com caráter tanto punitivo como preventivo em caso de dano moral. O objetivo desses

¹²⁹ GONÇALVES, Eveline Mendonça Felix. *A função punitiva de indenização por dano moral*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 3, nº. 9. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 6.838-6.840.

projetos era pôr fim a discussão quando ao conteúdo e à natureza jurídica da indenização por dano moral, englobando, de forma definitiva, a natureza punitiva. Como explicitado no estudo acima referido, um deles era o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002¹³⁰, de autoria do então deputado Ricardo Fiúza. O projeto previa a inclusão de um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, para deixar expresso o caráter preventivo, para fins de desestímulo.

A intenção do citado projeto era dotar o aplicador do direito de ferramenta que viabilizasse a apuração de *quantum* compensatório. Com isso, ele poderia fixar um valor capaz de desestimular ações semelhantes, com o montante a ser estabelecido a título de indenização por dano moral. Em justificativa¹³¹ à pertinência do projeto, o autor

¹³⁰ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

§ 1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

¹³¹ Justificativa ao projeto: Art. 944: O dispositivo é insuficiente, segundo nos alertou a professora Regina Beatriz Tavares da Silva, já que seu *caput* se adapta somente ao dano material e não está adequado ao dano moral. O critério para a fixação do dano material é o cálculo de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu. O critério da extensão do dano aplica-se perfeitamente à reparação do dano material - que tem caráter ressarcitório. No entanto, na reparação do dano moral não há ressarcimento, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado, que, via de regra, tem caráter imaterial. O dano moral resulta, na maior parte das vezes, da violação a um direito da personalidade: vida, integridade física, honra, liberdade etc (v. Carlos Alberto Bittar. *Os direitos da personalidade*, 3 ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária; Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por danos morais*, 3 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 57/65; Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 2 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.42; Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *Reparação civil na separação e no divórcio*, cit., p. 148 e 149). Por conseguinte, não basta estipular que a reparação mede-se pela extensão do dano. Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se neste contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como a análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido com o ilícito (v. Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por danos morais*, cit., p. 221). Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma

afirmava que, observadas as especificidades do dano moral que normalmente afeta bem imaterial, o critério se mostraria inadequado e insuficiente.

O Projeto de Lei nº 413, de 2007 ¹³², de autoria do então senador Renato Casagrande, visando a normatizar o entendimento consolidado

satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (cf. Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por danos morais*, cit., p. 247 e 233; Yussef Said Cahali, *Dano moral*, cit., p. 33/42; Antonio Jeová Santos. *Dano moral indenizável*, 3 ed., São Paulo, 2001, p. 174 a 184; v. acórdãos in JTJ 199/59; RT 742/320). Ao juiz devem ser conferidos amplos poderes, tanto na definição da forma como da extensão da reparação cabível, mas certos parâmetros devem servir-lhe de norte firme e seguro, sendo estabelecidos em lei, inclusive para que se evite, definitivamente, o estabelecimento de indenizações simbólicas, que nada compensam à vítima e somente servem de estímulo ao agressor.

¹³²“Art. 944.

§1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

§ 2º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva.” (NR)

Justificação: Embora a jurisprudência e a doutrina pátrias reconheçam as diferentes dimensões funcionais da indenização, convém explicitá-las, mormente no que tange à possibilidade de aplicação da indenização na sua dimensão punitiva. A jurisprudência pátria acolhe, como dito, a função punitiva da indenização, o que demonstra que não há, na iniciativa legislativa, nenhuma novidade que exacerbe a inteligência corrente do ordenamento jurídico. (REsp 183508 / RJ ; Resp 1998/0055614-1 - Sálvio Teixeira - DJ 10.06.2002 p. 212; Resp 575023/RS 2003 - Eliana Calmon; Resp 389879/MG 2001 - Sálvio Teixeira; TJDF Ap. Civ. 2002 01 025244-6 5ª T. Cível Julgado em 17/05/2004; TJDF Ap. Cív. 2002 015000925-1 3ª. T. Cível Julgado em 06/05/2002.) Merece transcrição acórdão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de 2005. Resp 696850/RO: “o valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano visando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir”. No campo doutrinário, um exemplo que merece transcrição é a lição de Maria Helena Diniz: “Não se pode negar a sua função [da reparação pecuniária do dano moral]: a) penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando à diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis; e b) satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada.” (*O problema da liquidação do dano moral e dos critérios para a fixação do “quantum” indenizatório*, In Atualidades Jurídicas, 2, Maria Helena Diniz (coordenadora), São Paulo : Saraiva, 2000, p. 248). A clarificação legal da hipótese de

na jurisprudência brasileira, também propôs a inclusão de um parágrafo ao art. 944 do Código Civil. Nos moldes do projeto anterior, na leitura da

função indenizatória punitiva é desejável na perspectiva da segurança jurídica, permitindo previsibilidade semântico-textual da norma.

O foco da finalidade punitiva da reparação do dano moral é a pessoa do ofensor, ou seja, é o mecanismo de resposta do sistema jurídico voltado à sanção do agente causador do ato ilícito, e não mais a preocupação com a pessoa da vítima, que por seu lado tem a indenização com finalidade compensatória. A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça publicou estudo sobre os Juizados Especiais Cíveis em âmbito nacional, no qual se verifica que 94% dos usuários dos Juizados são pessoas físicas. A principal reclamação levada aos juizados é relativa à relação de consumo. Enquadram-se neste tipo de matéria 37,2% dos processos analisados. Em alguns estados, essa proporção atinge níveis bastante superiores. Em três capitais, por exemplo, tais índices atingem mais de cinquenta por cento. No Rio de Janeiro, há 79 % de lides oriundas de relações de consumo, em São Paulo 50,8% e em Belo Horizonte 55,3%. As empresas concessionárias de serviços públicos e as instituições financeiras aparecem como as principais reclamadas em todas as pesquisas sobre os Juizados Especiais. As empresas reclamadas são, em grande medida, as conhecidas litigantes habituais. São empresas que, sustenta a doutrina jurídica, se utilizam da possibilidade de descumprir a legislação e posteriormente fazer acordos em juízo para o pagamento de valores indenizatórios aos consumidores como estratégia de mercado (André Gustavo Corrêa de Andrade. *Indenização punitiva*. Revista da ABPI, nº 85, p. 55-69, nov/dez 2006). Ainda sobre a função punitiva da reparação por danos morais, e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais (art. 883, parágrafo único, do Código Civil). Diogo Leandro Machado de Melo. Revista de Direito Privado, nº 26, p. 105-145, abr/jun. 2006; Vitor Fernandes Gonçalves. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005). As empresas atuam, assim, na perspectiva do cumprimento das determinações legais, se esta medida lhes for economicamente conveniente. A lei é tratada por tais empresas como mais um componente de custo e de risco em suas estratégias de *marketing*. Assim, se for lucrativo, segundo a lógica do custo x benefício, descumprir a legislação de defesa do consumidor, ou a legislação trabalhista, por exemplo, essas empresas não titubearão em assim agir. Faz-se necessário, portanto, prover os julgadores de um instrumento conceitual positivado que permita, com segurança, determinar o *quantum* indenizatório que realmente dissuada aqueles que lesam, por meio de reiterados descumprimentos de determinação legal, habitualmente os indivíduos e a coletividade. O fenômeno dos litigantes habituais é exemplarmente descrito na doutrina jurídica, em obra clássica de Cappelletti & Garth sobre o tema. Os autores indicam que, na concepção revolucionária do acesso à justiça, a atenção do processualista se amplia para uma visão tridimensional do direito. Sob essa nova perspectiva, o direito não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (as normas gerais e especiais), mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos serviços processuais. (Mauro Capelletti & Bryant Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe Editora, 2002). Há, no ordenamento pátrio, normas cíveis de caráter punitivo, o que elide qualquer dúvida quando ao cabimento desta tipologia regulatória. São exemplos os artigos 608, 773, 939 a 941, 953, 954, 1.336, parágrafos primeiro e segundo, do Código Civil e artigos 42, parágrafo único, e 84, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Por estes motivos, apresento a presente proposta legislativa esperando contar com o apoio dos nobres pares para a sua aprovação.

justificativa, observa-se que o objetivo da proposição foi deixar expresso que a indenização teria tríplice função: compensatória, preventiva e punitiva. Na mesma linha, quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor¹³³, (Lei nº 8.078, de 1990), pretendeu o legislador a explicitação, por dispositivo de lei, de fixação de indenização com conteúdo também punitivo. Entretanto, o disposto no art. 16 do projeto do código foi afastado, ao argumento de que a reparação de danos já havia sido estabelecida de forma satisfatória.

Entende-se como desnecessárias quaisquer alterações legislativas para se compreender a natureza da indenização por dano moral com seu conteúdo compensatório, punitivo e preventivo, tal qual ocorre nos demais países do sistema romano-germânico. É que esses conteúdos são decorrentes da própria função ressarcitória nessa espécie de dano. Reconhecida a natureza jurídica compensatório-punitiva (que engloba a função de prevenção, por decorrência lógica), são dispensáveis normas em acréscimo, pois o julgador já está respaldado pela previsão de resposta ao dano e pelo conteúdo jurídico complexo da norma.

O exame dos projetos de lei mencionados somente reforça o entendimento de que existe, no meio jurídico brasileiro, uma mescla de conceitos com relação à natureza jurídica da reparação por dano moral. Portanto, não se observa a necessidade de adoção de institutos de outro sistema para se possam garantir indenizações razoáveis, adequadas e proporcionais aos danos imateriais verificados. A tentativa de alterações

¹³³Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

Razão de Veto: O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da "multa civil", sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade.

legislativas, com inclusão expressa da natureza punitiva da indenização por dano moral, demonstra uma necessidade de afirmação do conteúdo da norma, o que não é usual nem adequado. Tome-se em comparação o direito português que não transfere para a norma escrita os seus elementos componentes. Assim, no disciplinamento do dano imaterial, em Portugal, não se faz menção direta à natureza jurídica do instituto.

Conforme foi sustentado ao longo deste capítulo, a natureza jurídica da reparação por dano moral é essencialmente compensatória, mas possui também claro conteúdo punitivo e preventivo. O elemento compensatório busca reparar o dano, na tentativa de recomposição ao estado anterior, com o pagamento de valor capaz de atenuar a situação existente, visto que é impossível o retorno à situação anterior. Direciona-se à vítima e objetiva saber qual foi precisamente o dano sofrido, procurando-se estabelecer a forma mais adequada de reparar aquela lesão. Como mencionado em estudo anterior¹³⁴, volta-se ao passado na tentativa de se precisar o que foi lesado e procurar a recomposição da forma mais ampla e completa possível.

É inegável a ideia de prevenção quando da fixação do montante reparatório, especialmente em direitos afetos à personalidade. A prevenção é mais produtiva e desejada que a simples reparação, uma vez que, atingindo-se seu objetivo, desestimula-se a prática de condutas semelhantes. Atualmente, está cada vez mais presente o interesse pela tutela inibitória, sempre focada em se evitar a lesão. Pretende-se, assim, em um primeiro plano, prevenir a prática de atos lesivos e, não sendo possível, evitar sua reiteração. A Constituição brasileira prevê a tutela à

¹³⁴GONÇALVES, Eveline Mendonça Felix. *A função punitiva de indenização por dano moral*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 3, nº 9. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014, pp. 6.854.

lesão ou ameaça a direito¹³⁵. Tutelando-se a simples ameaça a direito, resta claro o objetivo de se prevenir o dano.

Deve-se dar grande relevo à função preventiva. Sua pertinência também é clara, ante o potencial de coibir ações semelhantes, seja diretamente ao ofensor, seja indiretamente à coletividade. É preciso reafirmar a importância dessa função, uma vez que, sendo evitado o dano, alcança-se o que se pretende da responsabilidade civil, antes mesmo da ocorrência do fato. Não sendo considerada a função preventiva, quando do estabelecimento do *quantum* compensatório, essa lacuna poderá ensejar um estímulo ao cometimento de outras ações danosas em razão da ausência de freio às ações de lesão. Muitas vezes, o agente causador do dano não se intimida com a possibilidade de punição, ante a perspectiva de que, mesmo sendo condenado, a prestação representará somente aquilo com o que já deveria ter arcado.

A função preventiva visa a obstar ações danosas premeditadas, na medida em que o agente percebe ser mais cômodo e lucrativo lesar do que tomar as medidas preventivas necessárias. Portanto, o objetivo da prevenção é desestimular aquele que comete o ato ilícito em relação ao cometimento de outras ações. É evidente que a função punitiva também desestimula o cometimento de condutas antijurídicas. Observa-se, assim, um caráter preventivo específico, no que toca ao agente lesante, e um caráter preventivo geral, que atinge toda a coletividade, como uma severa resposta da lei aos atos de consequência danosa.

Para o indivíduo que suporta o dano, a reparação adequada leva-o também a verificar que houve punição e educação ao agente da lesão.

¹³⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Importa à vítima e à sociedade observar que o ofensor recebeu uma resposta pelo mal causado. E a melhor resposta é desencorajá-lo a novas práticas, desestimulando outros à prática da mesma conduta. Isto, em última análise, configura uma verdadeira compensação. O conteúdo punitivo dá relevo à figura tanto da vítima, como do ofensor. Busca-se, além disso, valorar condutas, em maior ou menor grau, reprováveis, introduzindo-se um critério de equidade que não pode ser afastado quando do exame da responsabilidade civil. Representa uma resposta ao agente, provocada pela imposição de restrição e penalidade à sua conduta. Expressa, por outro lado, uma resposta à vítima que vê a punição como uma ação protetiva do Estado-juiz diante de ato que lhe trouxe prejuízo.

Por fim, não há como negar a presença dos três conteúdos (compensatório, punitivo e preventivo) que convivem em harmonia, havendo um entrelaçamento entre eles. Sedimentando esse entendimento, transcreve-se a lição de António Menezes Cordeiro¹³⁶ sobre a matéria:

Tradicionalmente, a responsabilidade civil assumiria um simples fim de ressarcimento, assim se contrapondo à responsabilidade penal, preventiva e retributiva. Aquele escopo não pode ser tomado de forma tão linear. Logo no início, ficou claro que a indemnização, por danos morais – aliás, meramente compensatória – surgia, quase, como uma pena acessória, no campo criminal. Hoje, tal aspecto é pacífico: a indemnização tem, ainda, o escopo de uma pena: uma matéria muito versada a propósito dos *punitive damages*. No domínio dos acidentes, fala-se no “princípio final” de minorar os problemas das vítimas. O papel retributivo, das indemnizações, é sublinhado, bem como o seu escopo preventivo. (...)

Quando estejam em causa valores morais – portanto, atinentes à pessoa, à família, à dignidade, à saúde e ao bom nome – a responsabilidade civil deve assumir uma postura mais avançada, retribuindo o mal e prevenindo ofensas.

¹³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, II. Direito das obrigações*. Tomo III. Lisboa: Almedina, 2010, p. 419.

CAPÍTULO V - PROBLEMA DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Ultrapassados os aspectos limitadores de reconhecimento do dano moral e da necessidade de resposta estatal à ação danosa, importa enfrentar a questão tormentosa da fixação do *quantum*. Como estabelecer um valor adequado? Quais os critérios a serem aplicados? Quais as formas de reparação? Como se verificar a demonstração do dano, quando se trata de lesão imaterial, muitas vezes sem repercussão concreta? As respostas atualmente apresentadas para estas questões vêm despertando a necessidade de estudo sobre o tema. A questão tem sido objeto de grandes distorções, causando perplexidade não só dos operadores do direito, mas também na sociedade, que questiona a forma de reparação, no caso de dano imaterial, e os valores estabelecidos.

De fato, não raras vezes, são aplicadas condenações de mesmo teor para situações totalmente diferentes. Essas distorções ocorrem também, quando se trata de proteção de bens jurídicos de naturezas e valores distintos, levando a um questionamento da forma como se deve precisar a indenização. O valor apurado seria fruto do exame de parâmetros e requisitos? Ou resultaria da construção silenciosa do magistrado, sem externar os reais elementos motivadores da decisão? A ausência de critérios delimitados em lei torna a tarefa mais tormentosa para o julgador. Neste capítulo, pretende-se aprofundar o exame da questão na tentativa de se chegar, não a um paradigma seguro, por ser impossível nessa seara, mas ao estabelecimento de critérios claros, objetivos e fundamentados, partindo de premissas externadas e demonstradas.

5.1 Reparação do dano pela mesma natureza da prestação

Em um primeiro momento, mostrar-se-ia mais adequada a reposta ao dano pela fixação indenizatória com a mesma natureza do bem lesado. É que esse critério se consubstancia na forma mais fiel de recomposição da lesão. Assim, em situações de dano moral envolvendo bom nome, conceito, imagem e honra, a ação de retratação e demonstração pública em sentido inverso ao que ocasionou o dano seria, em tese, a mais recomendada. No entanto, não é o que se verifica com frequência.

Na verdade, raras vezes, são estabelecidas compensações por dano moral com o mesmo conteúdo da lesão. Na maioria dos casos, a decisão se limita a uma compensação pecuniária. Isto porque, como assinala Nehemias Domingos de Melo¹³⁷, normalmente a repercussão negativa ganha muito maior projeção do que uma eventual ação do ofensor em retirar ou retificar a ação que causou o dano. As notícias negativas são mais facilmente propagadas do que manifestação de desagravo e, assim, dificilmente haverá uma real compensação da vítima.

Nessas hipóteses, mesmo que se promova retratação, há que se implementar fixação compensatória em espécie, para que se alcancem as finalidades próprias responsabilidade civil. A decisão deve abranger compensação à vítima, punição ao ofensor e o consequente conteúdo preventivo. Acerca da insuficiência da simples retratação, transcrevem-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Veiculação de notícia em rádio local. Narrativa de crime. Equívoco quanto ao nome do autor do fato. Dano moral.

¹³⁷MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Atlas, 2011, p.98.

Configuração. Posterior retratação. Repercussão no valor da indenização. Sentença reformada. Apelo provido.

[...]

A respeito da ulterior retratação, embora louvável, não a reputo suficiente para ilidir a ilicitude da conduta. É que, como se sabe, a pecha da criminalidade pesa sobre o sujeito com muito mais força do que a defesa de sua reputação. Uma vez maculada a opinião pública de alguém, é tarefa das mais difíceis a restauração do estado anterior. Não raro permanece a dúvida, calcada na suspeita cotidiana de que "onde há fumaça, há fogo". Ademais, como reforço de fundamentação, há que se considerar que no regime da Lei de Imprensa, a retratação espontânea apenas excluía a ação penal e balizava o arbitramento do valor da indenização (arts. 26 e 53, III, da Lei nº. 5.250/67).[...] Em casos tais, entendo razoável a fixação da indenização em R\$ 20.000,00, considerando a publicação em meios de comunicação de grande circulação (ver, a respeito, o voto proferido na Apelação Cível nº. 1.0024.12.296775-5/001). Porém, há que se considerar que a notícia falsa foi veiculada em rádio local, em frequência AM, por pequeno meio de comunicação. Relevante notar também que a retratação, cinco dias após o fato danoso, demonstra boa-fé, o que reforça a conclusão de que se cuida aqui de mero equívoco involuntário. Diante de tais parâmetros, entendo adequada a fixação do valor da indenização no importe de R\$ 10.000,00.¹³⁸

Apelação cível. Indenização. Veiculação de nome na imprensa. Vinculação a conduta criminosa. Equívoco quanto aos nomes. Dano moral. Elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Comprovação. Retratação. Mera exclusão da ação penal. *Quantum* fixado. Razoabilidade e proporcionalidade. Vinculação ao salário mínimo. Vedação constitucional. Conversão em moeda corrente. A Constituição Federal elencou, no rol dos direitos fundamentais, a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da honra e imagem das pessoas (inciso X, art. 5º), vinculada à comprovação dos requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil subjetiva, contidos no art. 186 do Código Civil de 2002, entendimento este previsto no art. 19 da Lei 5.250/67, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. A responsabilidade civil permanece depois de havida a retratação espontânea, porquanto este ato volitivo somente exclui a ação penal e constitui elemento para o arbitramento da indenização por danos morais (26 e 53, III, Lei 5.250/67) pelo jornalista ou empresa responsável pela edição e circulação do jornal no qual veiculou a notícia caluniosa. A fixação do valor da indenização

¹³⁸ TJMG. Décima Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0352.09.057264-0/001. Relator: Desembargador José Marcos Vieira. Julgado em 25/11/2015. Publicado em 04/12/2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 30.01.2016.

tem por escopo desestimular a repetição de eventos danosos, em processo de dissuasão ou desmotivação do ofensor, assumindo, em acréscimo, caráter punitivo, não podendo gerar enriquecimento ilícito. O art. 7º, inc. IV, da CF/88 veda a vinculação do salário mínimo para quaisquer fins, inclusive, como parâmetro para fixação de indenização por danos morais, podendo ser afastada pelo juízo de ofício, e convertida em moeda corrente.¹³⁹

Do exame das duas decisões, observa-se, com clareza, a constatação da adequação da retratação e a informação verdadeira sobre o equívoco inicial. No entanto, entendeu-se, em ambos os arestos, que a reparação *in natura* é insuficiente, pois não alcança a mesma extensão do dano. Além disso, não cumpre as funções punitiva e preventiva, tão importantes em situações envolvendo bem imaterial.

A primeira decisão faz, com acerto, menção ao tempo da divulgação falsa, ao alcance que ganhou a notícia e à retificação da informação. Em tal situação, observou-se as circunstâncias do caso, e após a fixação inicial do valor, procedeu-se a uma diminuição, adequando o montante e fundamentando a decisão.

A jurisprudência majoritária entende insuficiente a reparação *in natura*. Em consequência, deverá ser cumulada com o estabelecimento de valores ou fixada somente em dinheiro, quando inviável ou não desejada a forma originária de reparação.

Segundo Ronaldo Alves de Andrade¹⁴⁰, até mesmo pela natureza da lesão, não há reparação *in natura*, quando constatado dano moral. No seu entendimento, a publicação de desmentido ou pedido de desculpas

¹³⁹ TJMG, Décima Primeira Câmara Cível. Civ. Apelação Cível nº. 1.0112.05.058416-1/001, Relator: Des. Afrânio Vilela. Julgado em 14/11/2007. Publicado em 01/12/2007. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 08.03.2016.

¹⁴⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2011, pp. 25-26.

não são capazes de recompor o dano. Para ele, mesmo que esses comportamentos possam neutralizar o ato de lesão, a repercussão psicológica ou a perturbação causada pela conduta ficariam sem resposta. Realmente, é impossível restaurar sentimentos, reparar mágoas e curar a dor, como se não houvesse ocorrido dano. Assim, mesmo que uma manifestação inversa tenha o objetivo de neutralizar a ação danosa, a compensação não isenta a fixação de valor a ser recebido pela vítima. Ela poderá utilizá-lo não para apagar o mal, mas para propiciar um bem ou um prazer.

O Código Civil português¹⁴¹ deixa patente a opção inicial pela indenização específica. Segundo estabelece, será ela fixada em dinheiro, quando a reconstrução natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa ao devedor. Em casos de dano moral, de modo geral, será inviável a indenização específica, conforme assinala António Menezes Cordeiro¹⁴². Esclarece que o direito alemão, diversamente, confere a possibilidade ao credor de pedir, já de início, indenização pecuniária. No entanto, partindo de premissa inversa, o direito italiano permite ao credor inicialmente pleitear reparação específica. Por fim, entende acertada a codificação portuguesa ao determinar a opção inicial pela indenização específica, somente afastada ante as impossibilidades descritas pelo dispositivo legal.

¹⁴¹ Art. 566º (Indemnização em dinheiro):

1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.
2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.
3. Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

¹⁴² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português, II: Direito das obrigações*. Tomo III. Lisboa: Almedina, 2010, pp.725-726.

O problema é que a vida real está sempre distante da vida ideal. Seria realmente ideal que, com a retratação e a retirada da ofensa a bem imaterial, se obtivesse a reparação à vítima e se penalizasse o ofensor. Entretanto, é sabido que as relações sociais são mais complexas, demandando respostas mais concretas do direito às ações que causem dano a outrem. Dessa forma, na grande maioria das situações, a imposição de valores monetários alcança, de forma mais direta e eficaz, as finalidades compensatória, punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

5.2 Tarifação

A fixação de valores adequados para fins de indenização, quando se trata de dano imaterial, traz incontestável dificuldade. Em razão desse problema, pretende-se a criação de um tabelamento, com a estipulação de valores preestabelecidos para a fixação de montantes de indenização e com parâmetros estabelecidos em lei. Os que defendem o estabelecimento de valores prefixados apontam a necessidade de se evitar o subjetivismo de decisões desse teor. Seria também uma forma de reduzir o excessivo poder discricionário dado ao magistrado, que teria uma flexibilidade exagerada para o estabelecimento do *quantum* compensatório.

Ademais, argumenta-se que, pela própria diferença entre os magistrados, com formação, crenças e entendimentos diferentes, há uma disparidade considerável de decisões. Essa diversidade de entendimento causa insegurança jurídica, podendo provocar também eventuais injustiça nas decisões. No Brasil, com o objetivo de corrigir essas e outras distorções, em 2002, foi apresentado o Projeto de Lei nº 7.124, ao qual foram apensados os Projetos de Lei nº 1.443, de 2003, e nº 7.329 de 2010. O Projeto de Lei nº. 7.124/02 tem a seguinte redação:

Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.

Art. 2º São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa física: o nome, a honra, a fama, a imagem, a intimidade, a credibilidade, a respeitabilidade, a liberdade de ação, a auto-estima e o respeito próprio.

Art. 3º São bens juridicamente tutelados por esta Lei inerentes à pessoa jurídica e aos entes políticos: a imagem, a marca, o símbolo, o prestígio, o nome e o sigilo da correspondência.

Art. 4º São considerados responsáveis pelo dano moral todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 5º A indenização por danos morais pode ser pedida cumulativamente com os danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º Se houver cumulação de pedidos de indenização, o juiz, ao exarar a sentença, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e de danos morais.

§ 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não se reflete na avaliação dos danos morais.

Art. 6º A situação de irregularidade do agente ou preposto da Administração não a isenta da responsabilidade objetiva de indenizar o dano moral, ressalvado o direito de regresso.

Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expreso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.

Art. 8º Prescreve em 6 (seis) meses o prazo para o ajuizamento de ação indenizatória por danos morais, a contar da data do conhecimento do ato ou omissão lesivos ao patrimônio moral.

Art. 9º Os arts. 159 e 1.518 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil), não se aplicam às ações de reparação de danos morais.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

Como se observa, o objetivo do projeto é precisar os valores, mínimo e máximo, de indenização por dano moral. Na justificativa, destacou-se a insegurança gerada em razão da ausência de critérios preestabelecidos e da falta um parâmetro dado ao juiz para mensurar, de forma adequada, o valor a ser pago à vítima. No entanto, o projeto vem recebendo críticas por não explicitar o que seriam lesões leve, média ou grave, demonstrando que a subjetividade e a imprecisão são características próprias dessa matéria.

No passado, a legislação brasileira estabelecia expressamente um tabelamento com montantes indenizatórios em casos de dano moral, justamente para dar maior segurança às decisões judiciais. Por exemplo, a Lei de imprensa (Lei n 5.250/67¹⁴³) fixava, em salários mínimos, a

¹⁴³ Art . 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I - a 2 salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV);

II - a cinco salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III - a 10 salários mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV - a 20 salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos dêste artigo:

a) os jornalistas que mantêm relações de emprêgo com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprêgo, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra b , nº III, do artigo 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art. 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

indenização em caso de notícia falsa, ofensiva à dignidade, e falsa imputação de crime. Na mesma linha legislativa, também dispunham o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 1962) e o Código Brasileiro de Aeronáutica (Decreto-lei nº 32, de 1966).

Todavia, com o advento da Carta Magna de 1988, essa forma de tabelamento passou a ser considerada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dominantes, como inconstitucional. A Constituição Federal não prevê limitação, estabelecendo que a recomposição não poderá ser objeto de prefixação. Os incisos V e X do art. 5º¹⁴⁴ deixam patente a impossibilidade de limitação ou tabelamento. Assim, tratados internacionais ou leis infraconstitucionais não poderão se sobrepor ao preceito constitucional de indenização proporcional ao agravo, observados o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade. Este é o entendimento prevalente no meio jurídico brasileiro, apesar de reiteradas manifestações e pleitos em contrário. O tabelamento proposto em leis anteriores para a fixação compensatória não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não devendo ser, portanto, aplicado.

Nesse sentido, são as decisões dos tribunais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça. Ao editar a Súmula nº281,

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

¹⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

o STJ firmou o entendimento de que a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. O mesmo entendimento foi adotado nas seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Responsabilidade civil.

Extravio de bagagem em viagem internacional. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Revisão dos danos morais. Impossibilidade.

Valor dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Precedentes.

1. O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do magistrado no tocante aos fatos acontecidos (cf. AgRg no REsp 1.101.131/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe 27/4/2011; AgRg no Ag 1.230.663/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 3/9/2010, e AgRg no Ag 1.035.077/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 1º/7/2010).

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, para a fixação de indenização por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades da causa, de modo que eventuais disparidades do valor fixado, sem maior relevância, não autorizam a intervenção deste Tribunal, como na espécie, em que o valor foi arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.¹⁴⁵

Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Recurso especial. Indenização. Ação rescisória. Súmula 207 do STJ.

¹⁴⁵STJ. Terceira Turma. AgRg no Ag 1389642/RJ. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 15/09/2011. Publicado em 20/09/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 08.03.2016.

Incidência. Prequestionamento. Inexistência. Responsabilidade por ato culposo. Reexame de matéria de fato. Art. 52 da Lei 5.250/67.

Não recepcionado pela Constituição Federal. Não cabimento de ação rescisória para reexame de provas e rever injustiça. Fundamento não atacado. Súmula 126. Aplicação.

1. Ante o notório caráter infringente, é possível o recebimento de pedido de reconsideração como agravo regimental.

2. "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem" (Súmula 207/STJ).

3. Não tendo havido o prequestionamento dos temas ventilados nas razões do recurso especial, incide o enunciado 211 da Súmula do STJ.

4. A tese defendida no recurso especial demanda o reexame do conjunto fático e probatório dos autos, vedado pelo enunciado 7 da Súmula do STJ.

5. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista no art. 52 da Lei 5.250/67, desinfluyente se o ato ilícito se deu por conduta culposa ou dolosa.

6. É inadmissível o recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido apto, por si só, a manter a conclusão a que chegou a Corte Estadual (enunciado 283 da Súmula do STF).

7. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ).

8. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁴⁶

¹⁴⁶ STJ. Quarta Turma. RCDESP no Resp 362.532/PB. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 07/08/2012. Publicado em 20/08/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 08.03.2016.

No entendimento de Rodrigo Mendes Delgado¹⁴⁷, a tarifação indenizatória não se revela adequada, porque seria impossível prever todas as situações de ocorrência de dano moral, em razão da própria complexidade das relações sociais. Conforme ressalta, a previsibilidade do valor a ser pago seria fator de estímulo para aquele que pretende a prática do ato e já tem conhecimento prévio do valor que lhe será imposto em eventual condenação. Ademais, o tabelamento engessa a avaliação particularizada das situações apresentadas em juízo e direciona as decisões, podendo ser mecanismo de abuso e injustiça.

Ainda segundo o citado autor, seria impossível adotar uma tabela que realmente abrangesse todas as situações envolvendo dano moral. Como se sabe, a vida social é dinâmica e repleta de particularidades. Assim, a aplicação de um tabelamento acabaria por gerar alta indenização em situações de dano menos gravoso e indenizações irrisórias em casos de graves lesões imateriais. Um valor exato, nesses casos, seria um limitador temerário. Primeiramente, porque abriria a clara possibilidade de conhecimento prévio do valor condenatório, o que possibilitaria a avaliação do custo-benefício por parte do ofensor. Depois, porque haveria alta probabilidade de que, com delimitações estanques, não se atingisse o objetivo de justiça no caso concreto. Em face de tais considerações, o fato danoso que ensejou a demanda não deve ser analisado matematicamente e de forma exata. No julgamento de cada caso, deverão ser examinados os atores envolvidos, sua história e os reflexos causados pelos atos.

Quando estão em causa questões não concretas e subjetivas, a tentativa de limitar, tabelar e fixar parâmetros muito rígidos acaba por trazer resultado inverso ao esperado. Tentando-se evitar equívocos, com

¹⁴⁷DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3 ed., Leme: J.H. Mizuno, 2011. pp. 404-418.

o tratamento tarifado, pode-se chegar a um resultado que se afasta da justiça, na análise do caso concreto, desacreditando o método.

O tabelamento, na prática, representaria um retrocesso. É que, com sua adoção, ignorar-se-ia a essência do instituto, que é eminentemente abstrato, subjetivo, não podendo ser avaliado matematicamente. O receio da imprecisão não pode compelir o julgador ao mero lugar de aplicador de tabelas. O dano imaterial, por sua própria natureza, deve exigir do magistrado trabalho árduo de estudo, exame e avaliação, para que possa definir com justeza a melhor resposta ao dano causado. Não se quer dizer com isso que ele chegará à reparação ideal. Nesses casos, é aceitável a existência de uma certa margem de flexibilidade na apuração e estipulação do valor possível. Apesar de ser medida mais cômoda, o tabelamento certamente iria acarretar graves injustiças.

Por fim, afirma Rodrigo Mendes Delgado¹⁴⁸, com pertinência, que o tabelamento faria ressurgir a ideia de preço da dor. Mas essa distorção já foi rechaçada para o reconhecimento do dano moral e a possibilidade indenizatória. Assim, por exemplo, restrição ao crédito seria tarifada em cinco salários mínimos; negativa de cobertura de plano de saúde teria o valor de dez salários mínimos. Ora, a menção a essa forma de estabelecimento de valores soa falsa e inadequada. Diante das diversidades da vida, das peculiaridades das pessoas e da variedade dos fatos, uma ação de restrição ao crédito pode variar para a constatação de inexistência de dano moral. Ou então para a identificação de um dano moral grave, com consequências severas. Em síntese, a adoção do sistema de tabelamento jamais seria adequada às situações da vida e do cotidiano.

¹⁴⁸DELGADO, Rodrigo Mendes. Op. cit., p.405.

5.3 Dever de motivação da sentença e o prudente arbítrio do juiz

Conforme ficou claro no tópico anterior, o *quantum* compensatório não deve ser previamente tabelado, mas resultado da conclusão do juiz, após o exame de todas as circunstâncias que envolveram o fato. Todavia, essa decisão deve tomar por base elementos que permearam o fato e nunca por ação arbitrária e não fundamentada do julgador. Portanto, a fixação do valor indenizatório deve ser feita de forma criteriosa, evidenciando-se como fator de coerência e segurança das decisões judiciais.

Afirma Carlos Alberto Bittar¹⁴⁹ que, antes de estabelecer a indenização realmente devida, deve o julgador perquirir a real dimensão dos fatos, sopesando os elementos para chegar à melhor solução no julgamento daquele caso concreto. O produto desse raciocínio do magistrado deve compatibilizar-se com o valor estipulado. Segundo esclarece, nessas situações, deve o julgador usar o critério da equidade, para chegar a resultados mais adequados. Lembra que a inflexibilidade na lei pode resultar em decisões não consonantes com o caso apresentado.

Assevera J.J. Gomes Canotilho¹⁵⁰ que a fundamentação das decisões judiciais imposta pela Constituição de Portugal, em seu art. 205º, item 1,¹⁵¹ baseia-se em três pontos essenciais: a) na necessidade de controle da administração da justiça; b) no objetivo de afastar o arbítrio, exigindo o raciocínio e a coerência do julgador para concluir por

¹⁴⁹BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 208-211.

¹⁵⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 663.

¹⁵¹ Art. 205.º (Decisões dos tribunais):

1. As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

essa ou aquela decisão; c) na necessidade de permitir o exercício do direito de recurso, da forma mais ampla possível. Para tanto é necessário o conhecimento das razões específicas que levaram o juiz a decidir daquela forma, permitindo-se impugnar o julgado de forma objetiva.

Também no Brasil, a fundamentação das decisões judiciais é imperativo constitucional constante do art. 93, IX, da Carta Magna¹⁵² que estabelece a pena de nulidade quando não observado o dever de motivação. Para se conferir legitimidade a qualquer decisão judicial, é preciso que sejam explicitados os motivos que levaram o juiz àquela decisão. Algumas vezes, a real fundamentação não é feita. São mencionados genericamente alguns jargões jurídicos usados quase como um salvo-conduto para se afirmar o cumprimento da obrigação constitucional.

Sendo um ponto final da questão posta pelas partes, a sentença deve ser capaz de demonstrar as razões adotadas pelo julgador em sua decisão. Deve delinear, com clareza, os elementos que foram sopesados para a adoção desta ou daquela teoria. A exposição do seu raciocínio viabilizará a irresignação de uma das partes (ou das duas), que utilizará os mecanismos recursais necessários para que seja revista a decisão.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹⁵³ destacam a importância da exigência de motivação das decisões judiciais. Enfatizam que ela está voltada à publicidade e à

¹⁵²Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...].

¹⁵³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29 ed., São Paulo: Malheiros Editores, pp.77 e 78.

possibilidade de controle popular do exercício da função jurisdicional. Ressaltam que a fundamentação garanta a possibilidade do recurso, com visão clara do que deverá ser a base da impugnação. Além disso, chamam a atenção para a função política do imperativo de motivação das decisões dos magistrados, que devem ser dotadas de visibilidade. As razões indicadas pelo julgador devem ser de conhecimento não só das partes, mas também de toda a coletividade, que poderá aferir a imparcialidade do magistrado, a legalidade e a justiça das suas decisões.

Nas decisões tomadas, o magistrado deve exercer seu livre convencimento motivado, com total transparência e seriedade. Como afirma Sérgio Nojiri¹⁵⁴, o juiz não é o dono absoluto do processo, devendo proceder consoante o sistema legal e de acordo com a ordem constitucional. Deve afastar-se de qualquer ação autoritária, pautando-se por um procedimento objetivo, sempre baseado nos fatos trazidos ao processo. É seu dever apontar as motivações que o inclinaram a seguir determinada tese jurídica. Se ao magistrado é dado o poder e o dever de julgar, deve, em contrapartida, justificar suas opções. Em última análise, o princípio da motivação das decisões permite o controle da sociedade sobre o exercício da jurisdição. Assim, sob a ótica do julgador, legitima-se sua opção decisória e, sob a ótica da parte, viabiliza-se o exercício da insurgência pela via adequada do recurso.

Para a fundamentação da fixação compensatória, a doutrina aponta os seguintes fatores determinantes: a conduta do ofensor e o seu grau de culpa; a situação econômica e social de ambas as partes; os fatos que envolveram a consequência danosa; a necessidade de observância aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, em muitas decisões judiciais no Brasil, a estipulação do valor indenizatório é feita de forma genérica. Nesses casos, o magistrado deixa de apontar, com

¹⁵⁴ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 69-70.

clareza, os caminhos percorridos para chegar a determinado montante, mesmo quando faz menção aos requisitos acima citados. Realiza-se o exame, mas sem estabelecer o necessário vínculo entre o requisito e o fato específico, em desrespeito ao dever de motivação estabelecido constitucionalmente. Mesmo afirmando-se que foram observados os critérios e requisitos necessários, não se examinou realmente o caso concreto com base em parâmetros e pressupostos, trazendo a falsa ideia de decisão motivada.

Tratando-se de algo intangível como o dano moral, a imprecisão da apuração, a ausência de critérios e a subjetividade inerente ao exame do magistrado ganham relevo, gerando dificuldade para se aquilatar se foi adequado ou inadequado o valor fixado. Não se pode negar que a forma compensatória estabelecida em valor monetário é a regra, em casos de dano moral. No entanto, os doutrinadores, em sua grande maioria, afirmam ser necessária a utilização de critérios objetivos para a fixação do *quantum*. A análise do elemento subjetivo é reservada ao prudente critério do julgador, para chegar ao estabelecimento do montante condenatório.

Não se pode olvidar que, em razão da existência de liame entre o concreto e o abstrato, bem como entre os aspectos subjetivo e objetivo presentes nessa espécie de questão, o julgador deverá enfrentá-la com prudência. Deve estar ciente de que a perfeita equivalência não acontecerá, pois uma lesão de natureza moral não pode ser compensada com um bem material. Diferentemente do que acontece, quando da fixação da indenização por dano material, o julgador terá um papel acentuadamente ativo na apuração de valor que seja compatível, quando se trata de dano moral. Nessa situação, vários elementos deverão ser sopesados e a cada um deles deve ser atribuído um valor, de acordo com o caso que se apresenta. No momento de fixação dos valores, deve o juiz aferir com parcimônia os elementos objetivos e subjetivos do caso,

tal como ocorre quando da fixação da pena em âmbito criminal. Balizado por parâmetros, deve externar o raciocínio, examinando, ponto por ponto, as circunstâncias que envolveram o resultado danoso.

Discorrendo sobre o princípio do livre convencimento do juiz, Ricardo Aronne¹⁵⁵ anota que a motivação é importante para o controle crítico da decisão. Funciona também como meio de exposição da diretriz do magistrado e verificação dos limites do julgado garantindo o direito de defesa à parte e assegurando a imparcialidade e independência do julgador. Segundo afirma, é dever do juiz motivar a sentença, até porque não há norma que imponha tarifação de valores. Esse dever é ainda mais relevante em se tratando de dano moral. Nesse caso, por sua própria natureza subjetiva, impõe ao magistrado a necessidade de explicitar os critérios de valoração, sob pena de não existir fundamentação no ato decisório.

A seguir, serão examinados os critérios apontados como essenciais para a apuração do montante compensatório, quando ficar provado que houve dano na órbita imaterial do indivíduo.

a) Perfil do ofensor

Em primeiro lugar, deve-se analisar o perfil do ofensor para que se possa detectar suas características, sua formação, sua posição social, a intenção de ofender e sua capacidade financeira. A Lei n.º 5.250, de 1967¹⁵⁶ estabelecia que, quando da fixação do valor compensatório, o

¹⁵⁵ ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, pp. 48-50.

¹⁵⁶ Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

juiz avaliaria os seguintes aspectos: a intensidade do dolo ou a culpa do agente; sua condição particular e a conduta normalmente esperada naquele caso; sua condição econômica, para que o valor fixado não se torne inviável ou irrelevante; a existência de ações anteriores similares, para que se aplique, com maior rigor, a imposição de pena àqueles que agridem a honra de terceiros de forma reiterada. A lei exigia expressamente que deveriam ser observadas as peculiaridades do ofensor, sua conduta, sua formação e situação social e, especialmente, se agiu deliberadamente de forma a causar dano a outrem. Impunha também a observância da possibilidade de retratação e da repercussão social causada pelo dano.

Assim, aquele que age com dolo deve receber resposta mais intensa e gravosa do que aquele que age com culpa. Se o agressor atuou com premeditação, deve ser mais intensamente repreendido do que aquele que agiu por ímpeto. Aquele que reitera inúmeras ações deve ser mais severamente punido do que aquele que cometeu o ato danoso pela primeira vez. Desta forma, para a estipulação do *quantum*, o juiz deverá avaliar a forma como o ofensor agiu, para que possa fixar, mais adequadamente, o valor da condenação. Será também indispensável o exame da situação financeira do agente. Isto porque, tendo em vista o objetivo de prevenção, deve o valor ser capaz de demover o agente de procedimentos posteriores similares. O valor deve ser expressivo, mas

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

não pode ser exagerado, impossibilitando o pagamento. Deve, portanto, representar uma advertência, indicando que aquela conduta não é aceita e será reprimida.

Outro elemento a ser examinado é o possível lucro a ser percebido pelo ofensor. Ocorrendo essa hipótese, o valor fixado deve ser capaz de desestimular a ação daqueles que, premeditadamente, visam a obter alguma vantagem. Causam o dano com a antevisão de que, sendo penalizados, arcarão somente com valores que, ao seu entender, justifiquem a conduta. Infelizmente, é de conhecimento geral que várias empresas de grande porte contabilizam eventuais valores a serem fixados em juízo como despesas válidas, tendo em conta o lucro obtido com condutas empresariais danosas. Alguns empresários inescrupulosos optam pela prática de atitudes potencialmente lesivas, sabendo previamente que eventuais ações repressivas e indenizatórias não terão potencial suficiente para demovê-las desse tipo de conduta. A resposta do órgão judicial, nesses casos, deve ser decisiva para desestimular ações do gênero. Deve-se dificultar ou até mesmo eliminar a possibilidade de o agente calcular o custo do dano e da eventual indenização, fato que jogaria por terra qualquer efetividade da resposta judicial. O julgador deve estar atento para situações dessa natureza, de modo que a imposição condenatória possa surtir efeito e prevenir a prática de novas condutas com esse objetivo.

Em relação à capacidade financeira do agente, não se pode deixar de mencionar a preocupação de doutrinadores e aplicadores do direito sobre a utilização equivocada e indiscriminada da função punitiva da indenização por dano moral. Sob o argumento de que é necessário penalizar o agente causador do dano, alguns julgadores fixam valores excessivos de indenização, ao fundamento de que é grande a capacidade financeira do ofensor. É inquestionável que as funções punitiva, preventiva e compensatória deverão estar presentes como

norteadoras do julgador no momento de fixação do valor devido. Mas o *quantum* deve ser fixado com prudência e equidade. O estabelecimento de um valor exagerado poderia provocar desestímulo ao desenvolvimento econômico ou, até mesmo, ensejar que sejam embutidos nos custos do produto ou serviço os excessos de eventual condenação.

É esta a preocupação externada por Humberto Theodoro Junior,¹⁵⁷ quando se refere ao número exagerado de ações envolvendo dano moral que chegam aos tribunais. Diante desse quadro, não havendo parâmetros, muitos julgados fixam indenizações milionárias, enriquecendo as vítimas e abalando economicamente as empresas. Conforme já assinalado, o julgador deverá ter a cautela necessária quando da decisão e fixação de valores. Porém, não se pode dizer que a aplicação de indenizações em valores despropositados seja frequente nos tribunais. Ao contrário, as decisões têm sido tomadas com prudência e adequação. Aquelas que fogem aos parâmetros da razoabilidade têm sido imediatamente corrigidas em sede recursal. Assim, o receio de alguns no que toca às funções punitiva e preventiva da indenização não tem razão de ser.

b) Extensão do dano

A avaliação da extensão do dano também é fundamental. O art. 944 do Código Civil brasileiro estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano, dando ênfase ao exame da dimensão do evento danoso. Nesse aspecto, devem ser adequadamente consideradas situações em que se atinge, de forma diferente, a órbita imaterial do indivíduo. Para fins de exemplificação, cita-se uma ação danosa que

¹⁵⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. 7 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010, pp. 86-91.

afete o bom nome de um consumidor. Porém, ao ser percebida, é rapidamente retificada, limitando a repercussão do ato a apenas alguns dias após o lançamento indevido dos dados da vítima em cadastros de restrição ao crédito. Essa situação deve ser tratada de forma diferente em relação àquela em que o cliente de determinada instituição bancária se vê privado de realizar negócios que dependiam da avaliação de seu crédito. Nessa hipótese, vê-se exposto e constrangido, por ter seu negócio inviabilizado em razão do erro do ofensor que, mesmo advertido pela vítima, não procedeu à retificação em tempo hábil.

As duas situações citadas envolvem equivocado registro de informações da vítima em bancos de dados utilizados para avaliação de crédito. Mas, no primeiro caso, a repercussão foi pequena. Já no segundo, as consequências foram irremediáveis. Assim, não se pode fixar um valor único, quando se trata de ação danosa de restrição ao crédito. A extensão do dano deve ser especialmente analisada, para que o valor compensatório possa ser adequadamente estabelecido.

Ainda quanto à extensão do dano, deve também ser verificada sua reversibilidade. Um dano físico que atinja definitivamente o indivíduo, sem possibilidade de retorno ao estado originário, deve ser mais severamente punido, observada a repercussão temporal. Assim, atos que gerem consequências permanentes devem ensejar resposta mais severa do que aqueles que se diluem com o passar do tempo.

c) Natureza do bem protegido

Não se pode também deixar de examinar o tipo de bem juridicamente protegido. Os bens imateriais do ser humano devem ser valorados pelo especial peso e importância que possuam. A vida, a saúde, o corpo físico, a honra, o bom nome, além dos inúmeros bens

imateriais do indivíduo devem ser prudentemente avaliados e valorados, observadas as particularidades da afetação e da importância que possuem. Assim, no momento da fundamentação da decisão, o magistrado deve avaliar a relevância daquele bem para o indivíduo e sua valoração pela comunidade em que vive, e especificamente para a vítima, como fatores de balizamento para a fixação do valor indenizatório.

d) Perfil da vítima

Com igual importância, o julgador deve observar o perfil da vítima: sua conduta quando da ocorrência do ato, sua condição social e econômica, o efeito causado pela lesão. Deve também analisar sua formação educacional e profissional, seu ambiente social e sua capacidade mental. Isto permitirá ao aplicador da norma fazer uma avaliação da conduta da vítima e de suas circunstâncias, influenciando assim no julgamento do proceder do ofensor. André Gustavo Corrêa Andrade¹⁵⁸ julga desnecessária a avaliação da condição econômica da vítima. Segundo afirma, a consideração desse elemento resultaria em conteúdo discriminatório na fixação do valor da indenização. Entende que, dessa forma, não seriam atendidas as funções punitiva e preventiva da indenização. Sustenta que o conteúdo de prevenção não seria alcançado quando a vítima possuísse baixo poder econômico.

No entanto, entende-se que a especial condição da vítima, seja no que concerne à sua conduta, seja por suas condições pessoais, inclusive a econômica, deve ser valorada. Isto não implica dizer que, caso a vítima tenha baixo poder aquisitivo, o valor compensatório deverá ser ínfimo. Ou, ao contrário, se for bem aquinhoadada financeiramente, ao ofensor deverá ser imposta vultosa quantia. Todas as peculiaridades, no

¹⁵⁸ CÔRREA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 303.

momento de fixação indenizatória por danos morais, devem ser valoradas, mas sempre com prudência e *cum grano salis*. A fixação do valor só será adequada, se forem apuradas e sopesadas, cautelosamente, todas as circunstâncias que envolveram o fato.

No exame das circunstâncias e das condições pessoais da vítima, ela deve ser observada como sujeito passivo do evento danoso e a quem se deve reparação. A análise de sua condição econômica não deve ter o viés apontado por alguns doutrinadores, ou seja, fixar valor modesto, se a vítima tiver baixo poder aquisitivo, ou fixar um valor elevado, no caso de vítima com maior poder econômico. Em qualquer hipótese, é preciso avaliar todas as particularidades daquele que sofreu o dano, sem conotação preconceituosa ou receio de assumir uma posição considerada politicamente incorreta. Todos os elementos relacionados à vítima devem ser prudentemente avaliados, para que se possa estabelecer uma adequada fixação compensatória.

5.4 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

No âmbito do Poder Judiciário brasileiro, quando da fixação do valor compensatório por dano moral, a maioria dos magistrados aplica os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como fatores justificadores do *quantum*. Apesar da frequência com que as duas expressões aparecem nos julgados, quase não se constata a explicitação real do que se entende por proporcionalidade e razoabilidade. Assim, faz-se necessário o aprofundamento do significado desses institutos jurídicos, para uma melhor fundamentação das decisões referentes às ações por dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça reiteradamente afirma que não conhecerá do recurso relativo à fixação do valor da indenização por dano

moral, quando observados os princípios da razoabilidade e a da proporcionalidade na sentença ou acórdão. A esse respeito, transcrevem-se os seguintes arestos:

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Intimação da decisão recorrida na vigência do CPC/1973. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Uso de imagem sem autorização. Abusividade da matéria publicada. Ofensa à honra das autoras. Abalo moral configurado. Revisão. Análise do conjunto fático-probatório dos autos. Impedimento da Súmula nº. 7/STJ. Dano moral. Razoabilidade na fixação do *quantum*. Reexame. Óbice da súmula nº. 7/STJ. Decisão mantida. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula nº. 7/STJ. 2. O Tribunal de origem, com base nos elementos probatórios dos autos, concluiu que a matéria publicada teve caráter ofensivo, causando às autoras abalo moral. Alterar esse entendimento é inviável em recurso especial, ante o óbice da referida súmula. 3. A insurgência contra o valor arbitrado a título de indenização por dano moral esbarra na vedação da Súmula nº. 7/STJ. Apenas em hipóteses excepcionais, quando a quantia fixada se distancia dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é possível a revisão do *quantum* por esta Corte, situação não verificada no caso dos autos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵⁹

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de indenização. Aquisição de bens móveis. Ausência de entrega da mercadoria. Revendedora autorizada. Responsabilidade solidária. Dano moral. Configuração. Reexame de matéria fática da lide. Súmula nº. 7/STJ. Revisão do valor. Falta de indicação de dispositivo legal tido por violado. Súmula nº. 284/STF. Ausência de impugnação específica a fundamento da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Não provimento. 1. Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ). 2. A falta de indicação de dispositivo de lei a respeito de cuja interpretação divergiu o acórdão recorrido implica deficiência na fundamentação do recurso especial, o que atrai a incidência da Súmula nº 284 do STF. 3. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 4. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que

¹⁵⁹ STJ. Quarta Turma. AgRg no AREsp 841.940/SP. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 07/04/2016. Publicado em 12/04/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 03.05.2016.

deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Enunciado 182 da Súmula do STJ). 5. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁶⁰

Além da manifestação do Superior Tribunal Justiça, a jurisprudência brasileira é reiterada em utilizar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no julgamento de ações por dano moral e na fixação da indenização. Permeando toda a análise das circunstâncias do ato, conforme já referido, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade deverão estar presentes em todo o raciocínio e na construção decisória do julgador, como balizas de adequação, ponderação e prudência. As convicções do magistrado deverão constar no julgado de forma clara e lógica, para que se tenha conhecimento dos elementos valorados e como foram eles sopesados na decisão.

O princípio da proporcionalidade é de extrema importância como instrumento de hermenêutica, sendo aplicado, de forma sistemática, na jurisprudência brasileira. Como afirma Daniel Sarmento¹⁶¹, a proporcionalidade como princípio vem sendo adotada, no direito brasileiro, a partir do advento da Constituição Federal de 1988. Esse princípio tem sido empregado, com nítida ampliação, pelo Poder Judiciário pátrio. Segundo esclarece o autor citado, apesar de não vir expresso no texto da Carta Magna, ele é inferido de sua hermenêutica. Alguns doutrinadores o vinculam ao devido processo legal; outros o relacionam ao Estado de direito; outros, ainda, o consideram como decorrência da natureza principiológica dos direitos fundamentais.

¹⁶⁰ STJ AgRg no AREsp 23.311/SP. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em 17/03/2016. Publicado em 22/03/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 03.05.2016.

¹⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. In ANJOS FILHO, Rogério Nunes (org.). Salvador: JusPodium, 2013, 149.

Ainda segundo Daniel Sarmento¹⁶², independentemente da sua origem ou natureza, o princípio da proporcionalidade é extraído de vários preceitos expressos na Constituição, fato que legitima sua utilização com *status* de preceito constitucional. Nele estão contidos os critérios de adequação e necessidade como fatores de avaliação para apuração do *quantum* a compensar o dano causado. A proporcionalidade relaciona-se, assim, com a decisão que busca aplicar a medida exata possível, sem excessos e sem concessões. A decisão do juiz deve ser tomada de acordo com parâmetros de equidade e equilíbrio. O princípio da proporcionalidade tem o fundamento de orientador, de balizador para que o magistrado chegue a uma decisão adequada, sem que sejam ultrapassados os limites que se impõem.

Analizando o princípio da proporcionalidade, Gisela Fernandes Goês¹⁶³ identifica a existência de duas correntes sobre a definição de sua natureza jurídica. A primeira trata a proporcionalidade como fator de medida de justiça; a segunda a entende como procedimento pelo qual se busca chegar à decisão do caso concreto, aplicando-se os conceitos de adequação, necessidade e ponderação. A autora admite sua vinculação à corrente daqueles que entendem ter o princípio da proporcionalidade natureza formal. No seu entendimento, os defensores da outra corrente não conseguem dirimir a questão de como se estabelecer conceito e medida de justiça, além de apresentarem uma definição subjetivista e inconsistente.

Ainda de acordo com a referida autora¹⁶⁴, há grande divergência quanto à definição do que seja proporcionalidade. Seria um princípio, uma regra ou um critério? Aqueles que a entendem como regra, assim o

¹⁶² SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.153.

¹⁶³ GOÊS, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp.63-65.

¹⁶⁴ GOÊS, Gisele Santos Fernandes. Op. cit., p.65.

fazem asseverando que está ela sujeita a ponderações. Seria, então, uma espécie de hermenêutica que se colocaria como elemento norteador da aplicação dos métodos tradicionais de interpretação. Mas essa definição vem recebendo críticas, alegando-se que, sendo uma regra, precisaria se basear em algum princípio do qual nasceria essa regra de proporcionalidade. Afirma-se também que, se fosse regra, não se prestaria ao fim proposto, pois proporcionalidade implica maleabilidade de adequação ao fato concreto e não pode se consubstanciar em condutas fechadas e estanques. Outra corrente considera a proporcionalidade como critério de aplicação do comando normativo.

Para outro grupo de estudiosos do tema, o instituto da proporcionalidade pode ser definido indistintamente, como critério ou princípio, afirmando que um não exclui o outro. O fato de ser um princípio não impede sua utilização como critério para aplicação ao caso concreto, em consonância com os critérios da necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e adequação. Esclarece, por fim, Gisele Fernandes Goés¹⁶⁵ que a maioria dos doutrinadores entende a proporcionalidade como princípio, sendo dele extraídas interpretações e aplicações da norma. Para ela, proporcionalidade é valor, estando acima das normas jurídicas. Deverá, assim, dar o norte à utilização e à aplicação das regras. Quando é positivada, transforma-se em princípio, com aplicação direta, acoplado à interpretação jurídica. Todavia, não se pode ignorar que também atua como critério de adequação e fator de vedação de excesso. O princípio da proporcionalidade funcionaria, então, como ponto de contato com a realidade, alimentando o sistema jurídico.

Importa registrar que, em Portugal, a Constituição da República¹⁶⁶ traz o princípio da proporcionalidade expresso, vinculando os atos dos

¹⁶⁵ GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Op. cit., p.72.

¹⁶⁶Título IX (Administração Pública)

Art. 266º (Princípios fundamentais):

agentes públicos. Ligado inexoravelmente à proibição do excesso, funciona como elemento limitador ao arbítrio. Por integrar o texto da Lei Maior, permeia também a legislação infraconstitucional cujas normas fazem referência à proporcionalidade como norteadora da medida adequada para a decisão do juiz.

Paulo Arminio Tavares Buechele¹⁶⁷ afirma que, para a aplicação do princípio da proporcionalidade, deverão ser observados os três subprincípios nos quais ele se divide: adequação dos meios, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação dos meios deve ser verificada para a consecução dos objetivos pretendidos, sendo elemento limitador do abuso e do arbítrio. Deve-se analisar, assim, a possibilidade de utilização do meio para que se possa atingir o fim desejado. Evita-se, dessa forma, a prática de excessos que poderiam causar dano no atendimento do fim proposto. Esclarece o citado autor que a exigibilidade consiste em verificar se a medida é indispensável, ou seja, se é inviável a utilização de outro meio. Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito indica, com clareza, a necessidade de avaliação do custo-benefício, bem como das vantagens e desvantagens na opção escolhida pelo operador do direito.

A adequação pode ser obtida quando o meio adotado permitir que se atinja o fim pretendido. A exigibilidade está presente quando a ação escolhida for a de menor impacto e menos danosa. A proporcionalidade em seu sentido estrito está configurada quando se faz a ponderação da

1. A Administração Pública visa à prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

¹⁶⁷ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.119-135.

medida. Bruna Oliveira Fernandes¹⁶⁸ enfatiza que a proporcionalidade permeia os princípios constitucionais, estabelecendo limitação entre os direitos, impondo deveres e propiciando o equilíbrio social.

O princípio da razoabilidade tem conteúdo delimitador da discricionariedade. Segundo Gustavo Ferreira Santos,¹⁶⁹ tem sua origem no conteúdo do devido processo legal garantidor de procedimentos justos e equilibrados a serem observados nas decisões judiciais. Fundamentaria a tomada de decisão com equilíbrio e moderação, não podendo ser arbitrária e dissonante do padrão comum de ponderação.

Tratando dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, afirma o citado autor¹⁷⁰ que eles apresentam diferenciação, embora, muitas vezes, sejam utilizados, nos julgados, de forma idêntica. Há também doutrinadores que reconhecem a identidade conceitual de ambos. Os que afirmam a diferenciação de conceitos, para a comprovarem, alegam que, além de terem fundamentação individualizada, possuem elementos diferenciadores na forma de serem operacionalizados. Assim, o princípio da razoabilidade trata da legitimidade de escolha dos fins adotados pelo operador do direito. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, apura os meios necessários e adequados a se atingir o fim pretendido. Dessa forma, o princípio da razoabilidade legitima a escolha do que se pretende fazer. Baseia-se no conteúdo constitucional do devido processo legal. Já com base no princípio da proporcionalidade, o julgador questiona se o meio escolhido

¹⁶⁸ FERNANDES, Bruna Oliveira. *Princípio constitucional da proporcionalidade*. DUARTE, Juliana Ferreira Antunes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo (orgs.). Coletânea acadêmica da Associação de Pós-Graduados em Direito da PUC/SP. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, pp.85-92.

¹⁶⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.122.

¹⁷⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira. Op. cit., pp. 127-130.

é adequado à finalidade proposta. Seu substrato constitucional é implícito e decorrente do Estado democrático de direito.

Bruna Oliveira Fernandes¹⁷¹ também aponta a diferenciação entre os princípios analisados. Ressalta que o princípio da proporcionalidade se traduz na proibição do excesso e no controle dos meios utilizados para a consecução do fim almejado. Já o princípio da razoabilidade atua com uma espécie de freio ao absurdo, ao irrazoável, centrando-se no ato em si. Segundo ela, o exame da razoabilidade deve preceder ao da proporcionalidade. Esta deve ser feita com a apuração do conteúdo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, no Brasil, os magistrados vêm utilizando, em seus julgados, os dois princípios como equivalentes. Não são raras as situações em que se observa a utilização das duas expressões como tendo um único sentido. A título de exemplo, transcreve-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Consumidor. Cobrança indevida. Configuração. Agravo que não ataca os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso extraordinário. Sum. 287/STF. Incidência. 1. A impugnação específica da decisão agravada, quando ausente, conduz à inadmissão do recurso extraordinário. Súmula 287 do STF. Precedentes: ARE 680.279-AgR/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22/5/2012 e ARE 735.978-AgR/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4/9/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou: “A sentença merece parcial reforma. Relação de consumo. Verossimilhança da alegação autoral. Inversão do ônus da prova. Há dano moral a ser reparado devendo, para a fixação do quantum, se aplicar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. O valor fixado em sentença merece redução. Outrossim, é de se ressaltar que não há que se falar em restituição de valores, pois que, como se verifica das alegações autorais, os valores debitados eram efetivamente devidos”. 3. Agravo regimental desprovido.¹⁷²

¹⁷¹FERNANDES, Bruna Oliveira. Op. cit., pp.92-93.

¹⁷² STF. Primeira Turma. Are 718531 AgR. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em 04/02/2014. Publicado em 18/02/2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 22.05.2016.

Daniel Sarmiento¹⁷³ afirma que a razoabilidade está ligada à necessidade de estabelecer barreira ao arbítrio do julgador. Do contrário, o arcabouço jurídico e a sua forma de concretização seriam, ainda mais, nebulosos. Portanto, a razoabilidade deve ser utilizada com o sentido de racionalidade e bom senso na atuação do magistrado e, especificamente, na sua missão de julgar. Mas, pelo próprio fim desejado para a utilização da razoabilidade, eventuais imprecisões são admissíveis, em razão da necessária elasticidade que se busca com utilização desse princípio.

Anota ainda o citado autor¹⁷⁴ que alguns doutrinadores criticam a utilização da expressão “razoabilidade” que é empregada de forma indiscriminada e tão só como elemento de argumentação. Segundo esclarece, a expressão tem diversos significados na jurisprudência nacional. Ora é empregada como fator de impedimento de ação arbitrária; ora como justa medida entre a norma e o fato, ou ainda como elemento de coerência normativa na dimensão lógica e teleológica, sendo elemento garantidor de equidade.

Em face de todas essas considerações, deve-se rejeitar o uso das expressões “razoabilidade” e “proporcionalidade” como salvo-conduto para fixações indenizatórias sem real fundamentação. Embora se alegue observância desses princípios, não se examinam as circunstâncias de forma pormenorizada, utilizando-se os critérios adequados como norteadores. Essa conduta equivocada deve ser rechaçada para que não sejam tomadas decisões pretensamente fundamentadas, mas sem uma análise real dos fatos.

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. Direitos humanos e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. In ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. Salvador: JusPodium, 2013, p.173.

¹⁷⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit, p. 179.

Este foi o objetivo de trazer alguns apontamentos sobre razoabilidade e proporcionalidade. São princípios utilizados na quase totalidade das decisões que envolvem dano moral. Todavia, seu significado é, muitas vezes, deixado em segundo plano. Independentemente da corrente adotada, o importante é que têm substrato constitucional e visam à garantia dos direitos fundamentais. Porém, não devem ser empregados de forma indiscriminada ou como instrumento de retórica para justificar decisões judiciais, mas para efetivamente fundamentá-las.

5.5 Forma de fixação da indenização por dano moral em Portugal

Segundo dispõe o art. 562º do Código Civil português, “quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. Já o art. 566º estabelece que a indenização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.

Este dispositivo já foi analisado ao longo do presente trabalho. No entanto, é aqui retomado como ponto de partida para o exame da fixação compensatória, no caso de ação por dano moral em Portugal. Como se observa, a primeira opção é pela restauração natural da lesão como forma mais perfeita de reparação, conforme assinala Mário Julio de Almeida Costa¹⁷⁵. Mas, em caso de dano imaterial, essa medida será praticamente impossível. Passa-se, então, à segunda opção, que é atingir a reparação por outra forma. Na maioria das situações, a reparação será fixada em espécie, para compensar o dano.

¹⁷⁵ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2014, p.571.

Preceitua o art. 496º do citado diploma legal que, na fixação da indenização, devem ser levados em consideração danos não-patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. Examinando-se o dispositivo, vislumbra-se a intenção do legislador no sentido de valorizar o ressarcimento em casos de lesão relevante e não por quaisquer simples abalos à esfera imaterial do indivíduo, como anota Eduardo dos Santos Junior¹⁷⁶. Portanto, a própria lei já indica o caminho compensatório, em caso de danos de maior gravidade. Ficam à margem, dessa forma, pequenos incômodos, contratempos ou desgostos rotineiros que são suportados pelas pessoas como decorrência natural da vida em sociedade.

Transcrevem-se, nesse sentido, dois julgados do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:

Acidente de viação - Responsabilidade extracontratual - Responsabilidade pelo risco - Danos não patrimoniais - Incapacidade permanente parcial - Cálculo da indemnização

I - O disposto no art. 494.º do CC é aplicável ao cálculo dos danos não patrimoniais no quadro da responsabilidade civil automóvel com base no risco. II - A apreciação da gravidade do dano não patrimonial, embora deva assentar no circunstancialismo concreto envolvente, deve operar sob um critério objectivo, num quadro de exclusão, tanto quanto possível, da subjectividade inerente a particular sensibilidade. III - Justifica a compensação à lesada de 10.000,00 € o seu sofrimento físico-psíquico derivado de feridas e escoriações nos joelhos, de hematomas fibrosados do terço supero-interno da perna, de cervico-lombalgias associadas a traumatismo da coluna, de dores na fossa ilíaca intensificadas durante mais de sete meses - incluindo as decorrentes de fisioterapia - actualmente ainda persistentes, tal como as cervico-lombalgias, de incapacidade geral permanente de 8% e de abatimento e tristeza.¹⁷⁷

¹⁷⁶ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Direito das obrigações I: sinopse explicativa e ilustrativa*. Lisboa: AAFDL, 2014, p. 342.

¹⁷⁷ STJ de Portugal. Revista n.º 1686/06, 7.ª Secção. Relator: Salvador da Costa. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=23282&stringbusca=&exacta Acesso em 30.05.2016.

I. Em direito laboral, para se reconhecer direito ao trabalhador a indemnização com fundamento em danos não patrimoniais, terá aquele de provar que houve violação culposa dos seus direitos por parte do empregador, causadora de danos que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, o que se verificará, em termos gerais, naqueles casos em que a culpa do empregador seja manifesta, os danos sofridos pelo trabalhador se configurem como objectivamente graves e o nexo de causalidade não mereça discussão razoável. II. No que concerne ao despedimento promovido pelo empregador que se venha a caracterizar de ilícito, para se aferir se o mesmo justifica, ou não, a condenação daquele por danos não patrimoniais é necessário tomar em consideração, antes de mais, que é inerente à cessação da relação laboral, indesejada pelo trabalhador, que esta cessação comporte para o mesmo a lesão de bens de natureza não patrimonial, traduzida em sofrimento, inquietação, angústia, preocupação pelo futuro, etc.. III. Por outro lado, sempre será necessário atentar em que os danos sofridos pelo trabalhador devem integrar uma lesão grave, que vá para além daquela que sempre acontece em situações similares de despedimento, porque o direito a indemnização com fundamento em danos não patrimoniais não é de admitir como regra, mas apenas no caso singular de haver uma justificação segura, que leve a concluir pela necessidade de reparar uma lesão que restaria apodicticamente não satisfeita. IV. Assim, se se verificar que esses danos não patrimoniais não têm especial relevo por se traduzirem nos que, comumente, se verificam em idênticas situações, como os do desgosto, da angústia e da injustiça, não se legitima a tutela do direito justificadora da condenação por aqueles danos. V. O facto de no caso se ter provado que o processo disciplinar provocou sofrimento e angústia ao trabalhador e agravou o seu estado de saúde, não oferece motivo bastante para fundamentar uma condenação em indemnização por danos não patrimoniais, por não se terem provado elementos concretos para aferir do relevo do sofrimento, da angústia e do agravamento da doença.¹⁷⁸

O estabelecimento do valor deve ser feito de forma equitativa, levando-se em conta a gravidade do dano. Devem ser consideradas, especificamente, a culpabilidade do agente, sua situação econômica e também a do lesado, nos termos do que estabelece o art. 494º do Código Civil português. É relevante enfatizar que, exatamente pelo

¹⁷⁸ STJ de Portugal. 212/07. Acórdão nº 8TTLSB.L1.S1.: 4ª secção. Relator: Pereira Rodrigues. Julgado em 25/01/2012. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5cd075e18f7a99b7802579950040fb09?OpenDocument>. Acesso em 23.07.2016.

exame da culpa, poder-se-á fixar valor inferior ao dano observado, consideradas as circunstâncias do caso. O dispositivo citado evidencia tanto o carácter compensatório da indenização como o sancionatório. É, assim, viável a ponderação de valores não só pelo dano em si mesmo considerado, mas também observado em consonância com a forma de conduta do agente e com demais elementos circundantes. Transcrevem-se, a propósito, as seguintes decisões do Supremo Tribunal de Justiça:

Acidente de viação - Danos não patrimoniais -
Indemnização - Equidade

I - Em matéria de responsabilidade civil extracontratual dispõe o art.º 496º, n.º 1 do CC que, na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito. II - A gravidade do dano é um conceito relativamente indeterminado, carecido de preenchimento valorativo a fazer caso a caso, de acordo com a realidade fáctica apurada. III - Todavia, a gravidade deve medir-se por um padrão objectivo, e não de acordo com factores subjectivos, ligados a uma sensibilidade particularmente aguçada ou especialmente fria e embotada do lesado; e, por outro lado, deve ser apreciada em função da tutela do direito: o dano deve ser de tal modo grave que justifique a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. IV - O montante indemnizatório correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do agente, à sua situação económica e à do lesado e às demais circunstâncias do caso. V - Deverão, igualmente, ser considerados os padrões de indemnização geralmente adoptados pela jurisprudência. VI - Contando a vítima mortal de acidente de viação 24 anos de idade, sendo saudável, alegre, bemdisposto e muito apegado à vida, vivendo com a mãe, que é surda-muda, em comunhão de mesa e habitação, e contribuindo para as despesas de saúde, alimentação e vestuário desta com parte significativa do seu salário, é adequada a fixação, em € 20.000, da indemnização por danos não patrimoniais sofridos pela mãe, traduzidos no forte choque e grande desgosto de que padeceu em consequência da morte do filho.¹⁷⁹

¹⁷⁹ STJ de Portugal. Revista n.º 4439/03 - 2.ª Secção. Relator: Santos Bernardino. Julgado em 04-03-2004. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_busca_processo.php?buscaprocesso=&seccao=.%AA%20SEC%C7%C3O&ficha=12276&pagina=&exacta=. Acesso em 23.07.2016.

Acidente de viação - Danos não patrimoniais - Danos patrimoniais Incapacidade permanente - Cálculo da indemnização – Equidade I - Os danos patrimoniais futuros não determináveis devem ser fixados com a segurança possível e a temperança própria da equidade (art.º 566 n.º 3 do CC), não sendo possível aderir a critérios ou tabelas puramente matemáticas. II - A perda da capacidade de ganho constitui um dano presente, com repercussão no futuro, durante o período laboralmente activo do lesado e ao longo de todo o seu tempo de vida. III - É equitativa a fixação em €7.481,97 da indemnização destinada ao ressarcimento do dano patrimonial futuro consistente na perda da capacidade de ganho do autor que, na data do acidente, tinha 37 anos de idade, auferia o salário mensal de €414,00 e ficou a padecer de uma IPP para o trabalho de 5%. IV - Também é equitativa a fixação em €4.987,98 da indemnização a título de danos não patrimoniais sofridos pelo autor, o qual gozava de boa saúde à data do acidente, padeceu de diversas lesões na cabeça, rosto e coluna, efectuou deslocações várias a estabelecimentos de saúde a fim de aí receber tratamento e assistência médica, foi afligido de padecimento físico e moral ao longo de vários meses, ficou portador de várias mazelas - nomeadamente ao nível da coluna vertebral - que lhe causam dor, sendo certo que em nada contribuiu para o evento danoso, o qual ocorreu quando atravessava uma passadeira de peões e foi atropelado por um veículo que circulava a velocidade superior a 80 quilómetros/hora dentro de uma localidade.¹⁸⁰

O exame da equidade será elemento importante para a aferição do montante, após observados o grau de culpa, a situação económica dos envolvidos e as circunstâncias do fato. Para António Santos Abrantes Geraldes¹⁸¹, não havendo parâmetros objetivos para a aferição e a fixação de valores, o legislador atribui essa tarefa aos tribunais, sempre permeada pelo critério de equidade. Esclarece que, após longo período em que foram estabelecidas fixações visivelmente reduzidas, a jurisprudência tem caminhado para aplicar valores mais justos e adequados.

¹⁸⁰ STJ de Portugal. Revista n.º 3072/04 - 6.ª Secção. Relator: Ribeiro de Almeida. Julgado em 02-11-2004. Disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012>. Acesso em 30.07.2016.

¹⁸¹ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas de responsabilidade civil. Vol. II. Indemnizacao dos danos reflexos*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 25-26.

Não se pode deixar de fazer uma reflexão sobre o significado da palavra “equidade”. Seu emprego no Brasil vem revestido de uma névoa de fumaça. Às vezes, esse princípio é apenas timidamente descortinado no que toca à fixação do *quantum* por dano moral. Isto porque, nessa seara, não se quer tratá-lo como possível fonte do direito, tampouco como elemento de integração do direito, mas como fator de equilíbrio e prudência no estabelecimento de indenizações. Já no Código Civil português ¹⁸², as expressões “equitativamente” e “equidade” são extraídas de vários dispositivos normativos. Por sua vez, no Brasil, quando se fala em julgar por equidade, o fato gera sempre polêmica. Há aqueles que enxergam, no uso da expressão, a possibilidade de arbítrio ou de uma visão subjetiva por parte do julgador.

¹⁸²Art. 494º (Limitação da indemnização no caso de mera culpa):

Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.

Art. 496º (Danos não patrimoniais):

1. Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.
2. Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último aos irmãos ou sobrinhos que os representem.
3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior.

Art. 566º (Indemnização em dinheiro):

1. A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.
2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indemnização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.
3. Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados.

Com pertinência, Oscar Brina Corrêa-Lima¹⁸³ faz a diferenciação entre julgar com equidade e julgar por equidade. A palavra “equidade” é empregada com diversos significados: equilíbrio, igualdade, imparcialidade, moderação, serenidade, justiça e retidão. Na verdade, com o emprego da equidade na circunstância aqui examinada, pretende-se um julgamento adequado. Para tanto, não se pode afastar do comando legal, nem ignorá-lo. O julgador deverá aplicar as regras positivadas com equilíbrio, imparcialidade e moderação.

A lei é a fonte primeira na qual se deve buscar o suporte para as decisões judiciais. Porém, deve ser aplicada de acordo com a realidade e a mobilidade social, preservando-se a essência da sua finalidade. Deve ser aplicada com base nos critérios de adequação, moderação e equilíbrio, a serem adotados pelo julgador. Portanto, a positivação da equidade no corpo da legislação portuguesa veio agregar valor ao comando normativo. Com isso, permite o exame adequado do fato e sua subsunção à norma, tomando-se uma decisão mais adequada para o julgamento. Por outro lado, o juiz não pode assumir o papel de legislador, sob o argumento de que a lei não se coaduna com a seu entendimento de justiça. Pelo contrário, com base na lei, o julgador deve aplicar seus comandos com prudência, moderação e equilíbrio, agindo com equidade e não julgando por equidade.

Com estas reflexões, pretende-se afastar a ressalva que certamente alguns operadores do direito no Brasil fariam a respeito dos diversos dispositivos legais constantes no Código Civil português. Nele, foram postas as expressões “equitativamente” e “equidade” como elementos norteadores da decisão judicial. Indicam, assim, sua utilização precisa e não o conteúdo duvidoso citado por Oscar Brina Corrêa-Lima¹⁸⁴

¹⁸³CORRÊA-LIMA, Oscar Brina. Equidade: *Julgamento por equidade, julgamento com equidade*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº. 37, 2000, pp. 221-234.

¹⁸⁴CORRÊA-LIMA. Op. Cit., pp. 221-234.

Segundo ele, a alteração do conceito de equidade acontece, quando é utilizado para atender certa tendência legiferante daquele encarregado de julgar.

Aquele que julga, fixando os limites da responsabilidade do causador do dano, deve observar a equidade como elemento de equilíbrio e ponderação, e não como salvo-conduto para justificar seu entender de justiça. Adotando a equidade como fator de adequação para a fixação reparatoria, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu:

Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória. Telefonia. Consumidor. Falha na prestação de serviço. Suspensão indevida de linha telefônica. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Majoração. Possibilidade. O arbitramento judicial do dano moral deve respeitar critérios de prudência e equidade. Devem-se observar também os padrões utilizados pela doutrina e jurisprudência, evitando-se, com isso, que as ações de indenização por danos morais se tornem mecanismos de extorsão ou de enriquecimento ilícito, reprováveis e injustificáveis. Indenização majorada no caso em comento, consoante parâmetros utilizados por esta Câmara em situações análogas. Deram provimento ao apelo. Unânime.¹⁸⁵

Rui Manoel de Freitas Rangel¹⁸⁶ também destaca a relevância da equidade na fixação do dano moral. Para ele, a dificuldade na quantificação dessa espécie de dano não pode ser utilizada como barreira intransponível para o estabelecimento de valores. Destaca, ainda, a necessidade de ser feito juízo de equidade, quando observada a existência de culpa ou de dolo (art. 496º, nº 3, do Código Civil). A norma determina, além disso, a análise do agente, bem como sua situação

¹⁸⁵TJRS. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70069952844. Relator: Des. Giovanni Conti. Julgado em 14/07/2016. Publicado em 26/07/2016. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 30.07.2016.

¹⁸⁶RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial do dano na responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência)*. 3 ed., Coimbra: Almedina. 2006, pp. 35-39.

econômica e a da vítima, devendo ainda ser sopesadas as demais circunstâncias de relevo observadas no caso (art. 494º do Código Civil). Entre estas últimas, costuma-se apontar como circunstância a idade e o sexo da vítima, a natureza de suas atividades e suas possibilidades de readequação e readaptação após o dano.

Afirma o citado autor que, ao fazer o exame com base na equidade, o julgador tem maior liberdade para proferir uma decisão mais adequada e justa. No julgamento, ele utilizará critérios de conveniência e oportunidade, procurando alcançar a justiça no exame do caso concreto. Além de utilizar os critérios mencionados, deve também observar o caminho apontado pela jurisprudência, para que garanta a necessária segurança jurídica, sem discrepâncias e grandes variações em situações semelhantes.

Rui Manuel de Freitas Rangel¹⁸⁷ faz importante reflexão sobre a mentalidade do julgador, quando da fixação do valor compensatório por danos morais. Enfatiza que a gravidade do dano que autoriza a tutela do direito deve ser apreciada de forma objetiva. Devem ser observados, de forma equitativa, o dolo, a culpa, o grau de culpa e as demais circunstâncias previstas no art. 494º do Código Civil português. Portanto, o julgador deve utilizar bom senso e prudência procurando adequar sua decisão para alcançar a justiça. Deve sempre ter em mente que a indenização tem função compensatória e punitiva.

É grave equívoco pensar que o patrimônio do lesado limita-se somente àquilo que tem aferição econômica. Patrimônio tem sentido mais amplo, sendo representado pelos valores que pertencem às pessoas, independentemente de permitir aferição em pecúnia. Assim, a vida a liberdade, a honra, a dignidade, a beleza e inúmeros outros valores são parte integrante do patrimônio do indivíduo, mesmo que, em primeiro exame, não apresentem conteúdo patrimonial aferível.

¹⁸⁷RANGEL, Rui Manuel de Freitas. Op. cit., pp. 205-210.

O autor citado demonstra certo inconformismo ante a constatação de que não se conseguiu, até hoje, o estabelecimento de critérios que realmente auxiliem na resolução das questões envolvendo dano moral. Acrescenta que ainda existe grande discrepância na jurisprudência, ao tratar situações similares de forma diferente. Essa falta de consenso inquieta o operador do direito e traz insegurança jurídica à população, que não compreende tal fato. Afirmar que a fixação de valores, muitas vezes irrisórios, não consegue compensar o dano imaterial e não atende o princípio da dignidade humana. Apesar de observar um avanço no entendimento dos tribunais, deixa patente que ainda não se atingiu um patamar de decisões que realmente atendam o objetivo de compensar a vítima e punir o ofensor. Frustra-se, desta forma, a desejada prevenção geral, capaz de representar um freio em relação a novas práticas danosas.

Analizando as formas de fixação de valores em ações de dano moral, Paula Meira Lourenço¹⁸⁸ enfatiza a necessidade de se exigir compensação punitiva. Afirmar que é impossível trazer satisfação ao lesado, e recompor a situação anterior. Na maioria dos casos, ocorre apenas a penalização do ofensor pelo dano causado a outrem. Defende que todos os critérios estabelecidos em lei devem ser observados, para que se possa chegar a uma compensação adequada. Portanto, o *quantum* estipulado deve ser resultado de apuração equitativa, observando-se todas as circunstâncias que envolveram o caso concreto e não apenas o grau de culpa ou as condições econômicas do lesado e do ofensor.

Por fim, a autora em referência critica os baixos valores fixados pelos tribunais portugueses. Entende que o juízo de equidade acaba por conceder ao aplicador do direito grande margem de liberdade, resultando no estabelecimento de indenizações aquém dos valores razoáveis. No

¹⁸⁸ LOURENÇO, Paula Meira. A função punitiva da responsabilidade civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 269-297.

seu entendimento, com o estabelecimento de valores baixos, esvazia-se a função compensatório-punitiva que deveria ser sempre perseguida. Nesse aspecto, concorda com António Menezes Cordeiro, quando afirma que, a partir dos anos sessenta até o final do século XX, os valores irrisórios de indenizações por dano moral representaram verdadeira “*página negra*” na jurisprudência portuguesa.

Examinadas a doutrina e a jurisprudência de Portugal, constata-se, a exemplo do que se verifica no Brasil, a grande angústia que aflige os estudiosos e aplicadores do direito. Essa angústia se reflete na ausência de um valor adequado, justo e proporcional quando da fixação do *quantum* no julgamento de ações por dano imaterial. Isto ocorre porque os instrumentos propostos são ainda tímidos e pouco precisos. Essa lacuna cria obstáculos ao trabalho dos juízes, impedindo-os de tomar decisões mais homogêneas, com menor grau de discricionariedade, com real compensação ao lesado e com critérios claros da construção da decisão judicial.

CAPÍTULO VI - DANO-MORTE

É inegável que a vida é o maior bem do ser humano. Sem ela, todo o patrimônio, seja material ou imaterial, perde sentido. Por tratar do bem imaterial mais caro às pessoas, também é o que maior dificuldade traz ao aplicador do direito para precisar o montante indenizatório, no caso de lesão que resulte em morte.

A expressão e o instituto não são conhecidos no Brasil, não havendo, conseqüentemente, o disciplinamento e a perspectiva que se observam no direito português. Daí a necessidade de se abordar separadamente o exame desse instituto, fazendo-se, inicialmente, os seguintes questionamentos: o que é dano-morte? É uma constatação autônoma de dano imaterial? É uma espécie de dano não-patrimonial? Quem é o titular desse direito que surge com o evento morte? Quando ele surge? Apesar do grande vínculo cultural e jurídico entre Brasil e Portugal, o instituto não tem correspondência no direito brasileiro. No presente capítulo, procurar-se-á responder estas perguntas que preocupam os profissionais do direito no Brasil, quando apresentados ao tema.

A morte de uma pessoa deve ser considerada dano? António Menezes Cordeiro¹⁸⁹, de forma categórica, afirma que sim. Esclarece, com pertinência, que não há bem mais relevante para o ser humano do que a vida. Assim, ocorrendo sua privação, há, inequivocamente, a constatação de dano. Acrescenta que o titular é o próprio indivíduo privado desse bem e que, por decorrência do evento, transmite-o aos sucessores esse direito. A dor, a tristeza e o sofrimento dos familiares

¹⁸⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações. Tomo III*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 517-525.

ensejarão o direito de indenização aos sucessores do falecido, não havendo que se confundir esse dano imaterial com o dano-morte.

Com relação à vítima do evento fatal, a angústia e a antevisão da morte configuram dano moral passível de indenização. Mas a morte, propriamente dita, como dano pelo evento, é também indenizável de forma autônoma. Para o citado doutrinador, o argumento de alguns de que, havendo extinção da personalidade com a morte, o indivíduo não poderia adquirir o direito à indenização, por não mais existir, não se sustenta. Em seu entendimento, a questão não deve ser enfocada a partir do momento em que surge o dano (anterior ao evento ou no momento da ação). Deve ser observada a responsabilidade que nasce com a imputação do dano, de modo que a indenização consequente será resultado da valoração sobre a imputação. A esse respeito, assinala:

A questão de saber se o dano-morte é ou não indenizável não pode ficar dependente de lucubrações teóricas, assentes em exercícios silogísticos formais. O direito civil que tem como fulcro fundamental a pessoa humana individualmente considerada não pode deixar de sancionar o dano-morte.

Diferentemente do entendimento de António Menezes Cordeiro¹⁹⁰, alguns doutrinadores resistem ao reconhecimento do dano-morte. O mais forte argumento se baseia na convicção de que, com a morte, extingue-se a personalidade e, em consequência, não há campo para a aquisição de direito. Rebatendo o argumento, o doutrinador em referência anota que seria incongruente se reconhecer direitos para, quando necessário, negar-lhes proteção. Além do mais, sendo reconhecidas as funções retributiva e preventiva da responsabilidade civil, seria um contrassenso

¹⁹⁰ CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., pp. 517-525.

afirmar que, ante a extinção da personalidade, também se extinguiria o direito, não se concretizando todas as funções da responsabilidade civil.

Em suas considerações, o autor lusitano faz uma análise acerca dos dispositivos legais atinentes à indenização pelo dano-morte. Assevera que os artigos 495º e 496º do Código Civil não disciplinam os danos suportados pelo falecido, esclarecendo que estes derivam das regras que definem sua personalidade e propriedade. Assim, toda a questão de transmissão de direito decorrente do evento morte deverá ser tratada pelo direito sucessório. Quanto à forma de fixação da indenização, esclarece que, apesar de reconhecerem o dano-morte, os tribunais têm estabelecido valores que não atendem a grandeza do instituto. Observa que grande parte das demandas invocando esse direito envolve acidentes. Nesses casos, normalmente, os autores da ação estão em posição visivelmente mais fragilizada do que a condição dos réus, em geral, empresas e companhias de seguro com grande suporte financeiro e jurídico.

Discorrendo sobre a necessidade de reconhecimento autônomo do dano-morte, assinala Luis Manuel Teles de Menezes Leitão¹⁹¹ que seria excessivamente conceitualista afirmar-se a impossibilidade de ressarcimento do dano pela alegação da inexistência de personalidade capaz de adquirir o direito. Para ele, o reconhecimento do dano-morte e sua indenização não podem deixar de ser considerados, em face de um bem dessa magnitude, especialmente, levando-se em conta as funções punitivo-preventivas da responsabilidade civil. Entende, também, que o titular desse direito é a vítima fatal, que o transmite aos herdeiros.

¹⁹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2015, pp.303-307.

António Santos Abrantes Geraldês¹⁹² igualmente reconhece a natureza autônoma da indenização, no caso do evento morte. Acrescenta que é importante se avaliar a legitimação para fins de atribuição da indenização. Segundo esclarece, o art. 496º do Código Civil português estabelece que, em caso de morte, caberá aos familiares apontados pela norma a indenização tanto pela perda da vida em si como pelos danos morais suportados em razão da perda do ente querido. Reconhece, no entanto, que o dispositivo não aponta critérios objetivos de fixação de valores, sendo essa medida atribuída ao julgador, com base em um critério de equidade.

Lembra o citado autor que há uma tendência à fixação reduzida de valores, mas que, na atualidade, os tribunais têm promovido uma alteração no estabelecimento de montantes mais próximos aos tidos como razoáveis e socialmente justos. Reconhece, porém, a imprecisão de critérios e a diferença de indenizações fixadas para casos semelhantes. Em razão disso, a exemplo do que acontece em outros países, vem sendo estudada e discutida em Portugal a adoção de critérios mais objetivos que minimizem as disparidades observadas.

Ensina Eduardo dos Santos Júnior¹⁹³ que a vítima fatal tem o direito à indenização. Portanto, não há que se falar em impedimento do reconhecimento do direito com a extinção da personalidade, seja porque o evento morte é o último momento da vida, seja porque o direito já nasce em vida pelo dano imediatamente futuro, havendo então a transmissão aos sucessores. Assevera, na mesma linha de Luis Manuel Teles de Menezes Leitão, que o art. 496º, itens 2 e 3 tratam dos danos morais, em razão da morte, sofridos pelos familiares que arrola (art. 496º, nº 2) e os danos morais sofridos pela vítima antes da ocorrência do

¹⁹² GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas de responsabilidade civil: indemnização dos danos reflexos. Vol. II*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 25-31.

¹⁹³ SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Direito das obrigações I. Sinopse explicativa e ilustrativa*. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 344-346.

evento fatal, além dos danos morais pelo sofrimento da vítima, suportado pelos familiares (art. 496º, nº 3).

Tratando especificamente do tema, Delfim Maya de Lucena¹⁹⁴ reconhece a existência autônoma do dano-morte. Nesse caso, a punição ao agente causador do dano e a prevenção de novas ações danosas que atinjam outrem são o objetivo e a razão da aplicação da responsabilidade civil. Constatadas a função punitiva da responsabilidade civil e a necessidade de exame do ilícito e da culpa, não há que se falar a indenização por dano-morte na seara da responsabilidade civil objetiva. Em seu estudo, o citado autor chama a atenção para a total impropriedade do termo “indenização”, quando se trata de valor fixado em consequência do dano-morte.

Lembra o autor em referência que o item 2 do art. 496º do Código Civil relaciona as pessoas que terão direito à indenização por danos morais, no caso de morte da vítima. Por sua vez, o item 3 dispõe sobre a indenização em razão do dano-morte. Esclarece que esse direito indenizatório deve ser atribuído *ex-novo* aos familiares da vítima da lesão extrema e já relacionados no item anterior. Parte da premissa de que a indenização, nesses casos, só tem caráter punitivo e de prevenção geral, já que, com relação à vítima, não existe a possibilidade de compensação ou reparação. Assim, não sendo possível ao morto exercer esse direito, é dado às pessoas a ele vinculadas e definidas em lei, pois não pode ser desconsiderada essa lesão extrema causada pelo desaparecimento da vítima.

Esclarece o citado autor que, quando da elaboração do Código Civil português, havia menção à sucessão e transmissão de direitos nesses casos. Mas, com a segunda revisão ministerial, houve modificação,

¹⁹⁴ LUCENA, Delfim Maya de. *Danos não patrimoniais. O dano da morte*. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 57-72.

sendo retirada a referência à sucessão. Tal exclusão indica que a intenção do legislador era reconhecer direito indenizatório próprio em caso de dano-morte, e não adquirido pela via sucessória. Em defesa de seu entendimento, observa que, no dispositivo legal, consta a expressão “cabe” o direito à indenização e não “transfere-se” o direito à indenização. Segundo esclarece, o uso da primeira expressão está a indicar que o detentor do direito o possui por si mesmo e não por transmissão sucessória.

Concluindo sua análise, afirma que o item 2 do artigo 496º confere o direito autônomo à indenização por dano-morte àqueles legitimados pela lei. Já o item 3 estabelece a forma de fixação compensatória e o direito de indenização pelos outros danos morais sofridos pela vítima antes de morrer e que se transmitem pela linha sucessória.

A decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, abaixo transcrita, em sintonia com o entendimento doutrinário de Delfim Maya de Lucena reconhece o direito à indenização pelo dano-morte dá-se *ex-novo*:

Sumário:

Embora não susceptíveis de avaliação pecuniária, já que atingem bens que não integram o património do lesado, os danos não patrimoniais podem ser compensados, com a atribuição ao lesado de uma reparação ou satisfação adequada, que possa contribuir para atenuar, minorar e de algum modo compensar as dores físicas e o sofrimento psicológico em que tais danos se traduzem. 2. A gravidade do dano deve medir-se por um padrão objectivo, e não de acordo com factores subjectivos, ligados a uma sensibilidade particularmente aguçada ou especialmente fria e embotada do lesado, e deve ser apreciada em função da tutela do direito: o dano deve ter gravidade bastante para justificar a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. 3. A indemnização, porque visa oferecer ao lesado uma compensação que contrabalance o mal sofrido, deve ser significativa, e não meramente simbólica, devendo o juiz, ao fixá-la segundo critérios de equidade, procurar um justo grau de “compensação”. 4. O dano da morte é o prejuízo supremo, é a lesão de um bem superior a todos os outros. 5. Na determinação do quantum compensatório pela perda do direito

à vida importa ter em conta a própria vida em si, como bem supremo e base de todos os demais, e, no que respeita à vítima, a sua vontade e alegria de viver, a sua idade, a saúde, o estado civil, os projectos de vida e as concretizações do preenchimento da existência no dia-a-dia, incluindo a sua situação profissional e sócio-económica. 6. É adequado fixar em € 50.000,00 a indemnização pelo dano da morte de um jovem de 17 anos, saudável, a terminar os seus estudos secundários, pronto para iniciar um curso superior, e com um projecto de vida idealizado; e em igual montante a indemnização pelo dano da morte de uma jovem de 11 anos de idade, filha única, estudante do ensino secundário, assídua e boa aluna, saudável e muito alegre. 7. Há que distinguir entre o dano não patrimonial que antecede cronologicamente a morte – a angústia perante a iminência do acidente e da morte – e o dano da morte. Uma coisa é o dano da perda da vida, outra as angústias sofridas pela vítima ao ver desenrolar-se, ainda que por segundos ou minutos, o “filme” da tragédia iminente e ao tomar consciência, mesmo que fugaz, do esvair da própria vida. 8. Trata-se de danos não patrimoniais autónomos, justificando também o primeiro – porque suficientemente grave para justificar a tutela do direito – indemnização autónoma. 9. O dever de indemnizar por danos patrimoniais compreende o dano emergente, ou perda patrimonial, que abrange o prejuízo causado nos bens ou nos direitos já existentes na titularidade do lesado na ocasião da lesão, e o lucro cessante, ou lucro frustrado, que contempla os benefícios que o lesado deixou de obter por causa do facto ilícito. 10. O lucro cessante pressupõe que o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho que se frustrou, ou melhor, a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho – o que não se verifica nos casos em que existe uma simples expectativa, uma mera possibilidade de a vítima vir a ser titular dessa situação jurídica. 11. Provado que o veículo, propriedade do condutor não responsável pelo acidente, ficou totalmente destruído em resultado da colisão com o conduzido pelo responsável pelo sinistro, não sendo técnica ou economicamente viável a sua reparação, a circunstância de não ter o dono daquele veículo feito prova, na acção, do seu valor, não implica a rejeição da respectiva pretensão indemnizatória. 12. A determinação exacta da indemnização por esse dano, não dispondo o tribunal de elementos que o permitam fixar por recurso à equidade, deve ser relegada para o incidente de liquidação, nos termos dos arts. 661º n.º 2 e 378º n.º 2 e seguintes, do CPC, não podendo exceder o montante peticionado na acção. 13. Na fixação da indemnização por danos futuros, no caso de incapacidade permanente, vem sendo entendido que a indemnização deve corresponder a um capital produtor do rendimento que o lesado não irá auferir e que se extinga no final do período provável de vida. 14. Os resultados a que este critério conduz não podem, porém, ser aceites de forma abstracta e mecânica, devendo ser

temperados por juízos de equidade sempre que se mostrarem desajustados relativamente ao caso concreto.¹⁹⁵

Além do sumário, traz-se à colação parte da decisão que trata especificamente do dano-morte na linha do estudo aqui desenvolvido:

[...]

3.1.2. Reporta-se a segunda questão, colocada pelos recorrentes à apreciação deste Tribunal, à indemnização do “dano-morte”, ou da perda do direito à vida. Considerou a sentença da 1ª instância que devia ser atribuída, para valorar a perda do bem vida da vítima JL, a indemnização de € 60.000,00. Mais uma vez confrontada com as diferentes valorações dos pais da vítima – que reclamavam, a este título, a indemnização de € 150.000,00 – e da seguradora – que sustentava ser excessivo o quantum fixado – a Relação entendeu dever alterar aquele montante, baixando-o para € 49.879,79, que reputou como mais consentâneo com a prática jurisprudencial mais recente. Os recorrentes reafirmam agora, perante este Tribunal, a sua aludida valoração, defendendo a recorrida seguradora que deve ser mantido o quantitativo fixado pela Relação. No dizer de DIOGO LEITE CAMPOS, o direito à vida é um direito «ao respeito» da vida perante as outras pessoas. É um direito «excludendi alios» e só nesta medida é um direito. É um direito a exigir um comportamento negativo dos outros. Atentar contra o direito ao respeito da vida produz um dano – a morte – superior a qualquer outro no plano dos interesses da ordem jurídica. O dano da morte é o prejuízo supremo, é a lesão de um bem superior a todos os outros (5).. Impõe-se, pois, que essa lesão implique a indemnização do dano sofrido. E, efectivamente, a perda do direito à vida por parte da vítima da lesão constitui, nos termos do n.º 2 do art. 496º, um dano não patrimonial autónomo, susceptível de reparação pecuniária. O montante da indemnização – que cabe aos recorrentes, não por via sucessória, mas por direito próprio, nos termos do preceito citado, e porque a vítima era solteiro e não tinha descendência – deve, também aqui, ser calculado segundo critérios de equidade, por apelo às circunstâncias já mencionadas aquando da apreciação da questão anterior. Em recente acórdão deste Tribunal (6)., faz-se ressaltar a ideia de que, na determinação do quantum compensatório pela perda do direito à vida em acidente de viação importa ter em conta a própria vida em si, como bem supremo e base de todos os demais, e no que respeita à vítima, a sua vontade e alegria de viver, a sua idade, a saúde, o estado civil, os projectos de vida e as concretizações do

¹⁹⁵ STJ de Portugal. N.º do Documento: SJ20071218037152. Relator: Santos Bernardino. Julgado em 18/12/2007. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/d845174e9dc8115a802573b5005350b9?OpenDocument>. Acesso em 07.08.2016.

preenchimento da existência no dia-a-dia, incluindo a sua situação profissional e sócio-económica. No caso concreto, a vida que se perdeu foi a de um jovem de 17 anos, saudável, a terminar os seus estudos secundários, pronto para iniciar um curso superior, e com um projecto de vida idealizado. É, em suma, uma situação que não diverge substancialmente de muitas outras que este Supremo Tribunal tem ponderado, e que, por isso, justifica a adopção dos padrões de indemnização que têm sido acolhidos nas suas decisões mais recentes, e que estão de acordo com o decidido pela Relação (7). Entende-se, por isso, fixar como indemnização pelo dano o montante de € 50.000,00 (por arredondamento da quantia estipulada no acórdão recorrido).

3.1.3. A questão seguinte consiste em saber se deverá ser valorado, para efeitos indemnizatórios, o dano não patrimonial sofrido pela própria vítima e traduzido na angústia perante a iminência do acidente e da morte. Assim se fez na sentença da 1ª instância, onde se considerou que “na falta de demonstração de que qualitativa ou quantitativamente (o sofrimento) tenha sido particularmente significativo”, seria de fixar a sua indemnização no montante de € 5.000,00. Todavia, a Relação, apreciando a questão – suscitada no recurso da seguradora apelante – veio a sufragar o entendimento desta, com fundamento em que, da matéria de facto provada resulta que a morte da vítima ocorreu logo após o embate, não sendo, por isso, de fixar qualquer indemnização. Os recorrentes não se conformam, e reclamam agora o retorno ao diktat da 1ª instância. Acha-se provado, a este respeito, que a vítima se sentiu angustiado perante a iminência do acidente e da morte (n.º 103 da matéria de facto supra). Para além disto, apenas consta da matéria de facto (n.º 101), que a sua morte foi “brusca e violenta”, mas não que ela tenha ocorrido imediatamente a seguir ao embate, que tenha sido instantânea. Não cabe ao STJ, mas sim às instâncias, a fixação da matéria de facto; e ao tribunal de revista está vedada a censura da matéria de facto que vem fixada pelas instâncias, a não ser que se verifique alguma das excepções previstas na 2ª parte do n.º 2 do art. 722º do CPC, o que não é o caso. O próprio facto provado – o de que a vítima sentiu angústia perante a iminência do acidente e da morte – destaca dois momentos temporais distintos, o primeiro em que a vítima tem a percepção de que vai ocorrer o acidente, e o segundo em que percebe que vai morrer; e revela que uma e outra premonição causaram à vítima angústia, sofrimento moral, mesmo que de curta duração, interrompido que foi esse sofrimento pela morte que se seguiu. É, pois, com base naqueles indicados factos que há que dar resposta à questão em apreço. Há que distinguir entre os danos que antecederam cronologicamente a morte, provocados pela sua perspectiva, e o dano da morte. Uma coisa é o dano da perda da vida, outra as angústias sofridas pela vítima ao ver desenrolar-se, ainda que por segundos ou minutos o “filme” da tragédia iminente e ao tomar consciência, mesmo que fugaz, do esvaír da própria vida. Como refere Diogo Leite Campos, a relevância da morte no campo da responsabilidade civil opera de dois modos. É em si própria um dano indemnizável. Por outro lado, vem interromper

o processo de verificação dos danos, de um modo que poderíamos descrever como o apagamento «ex nunc» dos outros danos. A morte tudo apaga, com efeito. Mas só desde o momento em que se verifica. Não destrói a existência dos sofrimentos físicos, das dores morais, do prejuízo estético, da amputação do membro. O que vem é a impedir o aparecimento de outros e a interromper, a apagar «ex nunc», aqueles que se prolongariam no tempo (8). Existe, assim, uma clara interdependência entre o dano da morte e os danos não patrimoniais que o antecedem, constituindo um importante factor para se aferir da gravidade destes últimos o lapso temporal que intercede entre a sua ocorrência e a morte: quanto menor for o período referido, menores serão os danos a indemnizar, porque menor é o sofrimento da vítima. Mas estaremos sempre perante danos não patrimoniais autónomos, justificando, por isso – e porque são suficientemente graves para justificarem a tutela do direito – indemnização autónoma. Deverá, pois, quanto a esta questão, reconhecer-se razão aos recorrentes, entendendo-se, por isso, tendo em conta o que acima (sub 3.1.1.) se deixou evidenciado no que tange ao cálculo dos danos não patrimoniais, que se mostra conforme com a equidade fixar a indemnização pelo dano não patrimonial em apreço, sofrido pela vítima antes da sua morte, no quantum fixado na sentença da 1ª instância, isto é, em € 5.000,00 (cinco mil euros) – assim se revogando, nesta parte, o acórdão recorrido.¹⁹⁶

Também no mesmo sentido é a seguinte decisão:

Sumário :

I - O direito à indemnização por morte da vítima, consagrado no n.º 2 do art. 496º C. Civil, cabe originariamente às pessoas nele indicadas, por direito próprio. Esse direito a indemnização é deferido pela norma, em termos hierarquizados, a grupos de pessoas, em conjunto, que não simultânea ou indistintamente a todas as pessoas nela indicadas, sendo excluídas da respectiva titularidade quer quaisquer pessoas nela não referidas, quer, de entre as referidas, as que resultem afastadas pela precedência da respectiva graduação. II - O direito a compensação por danos não patrimoniais sofridos pela vítima, e por si não reclamados antes da morte, cabe às pessoas eleitas pelo legislador de entre as ligadas por certas relações familiares ao falecido, mediante uma transmissão de direitos da personalidade extinta, nos termos da indigitação feita no n.º 2 do art. 496º e pela ordem aí indicada, transmissão que não corresponde a um chamamento à titularidade desses direito segundo as regras do

¹⁹⁶ STJ de Portugal N.º do Documento: SJ20071218037152. Relator: Des. Santos Bernardino. Julgado em 18/12/2007. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/d845174e9dc8115a802573b5005350b9?OpenDocument>. Acesso em 07.08.2016.

direito sucessório.III - A titularidade do direito à indemnização por danos patrimoniais próprios, sofridos directamente por terceiros, em consequência da morte do lesado, defere-se com respeito pela ordem sucessivamente excludente estabelecida no mesmo n.º 2 do art. 496º C. Civil.¹⁹⁷

Com base no ensinamento da doutrina e da jurisprudência portuguesas, observa-se a existência do dano material decorrente da morte, como as despesas e prejuízos por conta do evento danoso. É o que ocorre, exemplificativamente, com as despesas de hospital e de funeral. Existe, também, o dano moral sofrido pelos familiares, em decorrência da morte do ente querido, caracterizado como dano reflexo. Ambos são reconhecidos também no Brasil, não havendo hoje celeuma quanto a esses institutos. Há, ainda, o dano moral sofrido pela vítima antes de sua morte, ao padecer de dores físicas ou morais no momento que antecede à morte e, até mesmo, na antevisão do evento fatal. Destaca-se, por fim, o dano-morte em si mesmo considerado, que é sofrido pela vítima em decorrência da perda da vida. Esses dois últimos não são conhecidos no meio jurídico brasileiro, não existindo demandas tendo esses fundamentos como base para o pleito indenizatório.

A doutrina brasileira praticamente não menciona o dano-morte. Em consulta aos estudos sobre responsabilidade civil e, especificamente, sobre dano moral, não se vê abordagem ao tema, indicando a inexistência de discussão sobre o dano-morte no Brasil. Um dos poucos doutrinadores que enfrentam a matéria no Brasil é Andre Gustavo Corrêa Andrade¹⁹⁸. Em seu estudo, destaca a relevância jurídica da morte como

¹⁹⁷ STJ de Portugal. Acórdão nº3013/05.2TBFAF.G1.S1. Relator. Des. Alves Velho. Julgado em 22/06/2010. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/07d1dbd2d4d620b6802577c4004e8576?OpenDocument>. Acesso em 13.08.2016.

¹⁹⁸ CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp.121-134.

geradora de direito autônomo. Assinala que, apesar de muitos ordenamentos jurídicos não reconhecerem a indenizabilidade nesses casos, o instituto é reconhecido em Portugal. Segundo esclarece, a vida é o bem mais importante do ser humano, do qual decorrem todos os outros atributos da personalidade.

Afirma, ainda, o citado autor que é um contrassenso entender-se indenizável uma lesão decorrente de um acidente de veículo, mas não a morte de alguém em consequência do mesmo acidente. Em seu entendimento, a ausência desse reconhecimento termina por beneficiar o agente que pratica uma lesão fatal. Afirma que o direito surge para uma pessoa viva que morreu e não para um morto. Ademais, havendo o afastamento do conceito de dano moral apenas quando decorrente de sofrimento ou de dor psíquica, não haveria por que se afastar o reconhecimento do dano-morte. Se é possível constatar a existência de dano moral em relação àquele que sofre lesão por ato ilícito de outrem e fica em estado de coma, na mesma linha de pensamento, a lesão extrema gera direito à indenização pelo evento morte em si mesmo considerado.

Defendendo a necessidade de reconhecimento do dano-morte no Brasil, o autor em referência afirma que ele encontra respaldo na própria Constituição Federal. É que, no seu art. 5º, *caput*, garante a inviolabilidade do direito à vida que deve ser protegido com a maior amplitude possível. Assim, a violação desse direito, para além de ter repercussão criminal, representa evidente dano imaterial que deverá ser indenizado.

Em seu estudo, Andre Gustavo Corrêa Andrade¹⁹⁹ discorre sobre as teorias que visam a justificar a aquisição ao direito indenizatório em caso de dano-morte. Segundo assinala, uma linha doutrinária entende que o

¹⁹⁹ CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. Op. cit., pp.121-134.

direito nasce no momento da lesão e não quando ocorre o evento morte. O dano produzido pela lesão é que dará ensejo à morte e, portanto, antes dela nasce o direito de indenização. A possibilidade de serem indenizados danos futuros não é rechaçada pela lei portuguesa, conforme se observa no item 2 do art. 564º do Código Civil²⁰⁰. Sendo assim, não existe impedimento para se reconhecer a possibilidade de indenização nesses casos. Acrescenta que a indenização pela perda da vida seria uma possibilidade de se tutelar, após a morte, a personalidade que existiu.

Por fim, esclarece o citado autor que a construção teórica prevalente em Portugal indica a necessidade de se reconhecer a aquisição originária do direito à indenização aos sucessores pelo dano-morte. Essa hipótese surge ante a singularidade de sua configuração, sem apego à dogmática tradicional no que diz respeito à forma de aquisição de direitos. Sendo a morte o mais grave dos danos a que está sujeito o ser humano, o dano moral provocado pela perda da vida implica o reconhecimento de legitimidade a determinadas pessoas, já que esse direito não pode ser exercido pela vítima. Assim, o direito para os legitimados surge *iure proprio*. Trilhando o mesmo caminho dos doutrinadores portugueses aqui citados, André Gustavo Corrêa Andrade²⁰¹ deixa claro seu entendimento de que não se pode admitir a resistência à indenizabilidade do dano-morte pelo apego a conceitos teóricos tradicionais. Esse dano extremo deve ser reconhecido. Ademais, ao admitir-se a indenização, quando violado o direito ao bem mais

²⁰⁰ Art. 564º (Cálculo da indemnização)

[...]

2. Na fixação da indemnização pode o tribunal atender aos danos futuros, desde que sejam previsíveis; se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior.

²⁰¹ CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. Op. cit. p.133.

precioso do indivíduo, essa medida funciona como mais um elemento de proteção à vida.

Em suas considerações, destaca ainda a função punitiva da indenização por dano moral. Põe-se, portanto, por terra a afirmação de que não é indenizável a morte em si mesma considerada, por ser impossível se compensar o dano. Nesse caso, não se trata de compensar o indivíduo que sofreu a lesão, mas de proporcionar punição e prevenção geral para ação tão grave e ilegítima. Para ele, mais absurdo do que se indenizar o dano causado pela morte é deixar de punir aquele que atingiu o mais caro bem do ser humano.

O dano causado pela morte e o consequente pleito de indenização não são apresentados aos tribunais brasileiros. Assim, quando os julgadores mencionam o dano-morte, empregam a expressão no sentido de dano moral suportado pelos familiares do morto. A respeito dessa matéria, transcrevem-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Recursos especiais. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Dano-morte. Indenização. Pensionamento. 1. Recurso especial da Viação Pavunense, S/A 1.1. Inocorrência de violação ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide. 1.2. Incidência do óbice da Súmula 284/STF quanto às demais alegações, tendo em vista a ausência de indicação do dispositivo de lei federal violado ou objeto de divergência jurisprudencial. 2. Recurso especial de João Batista André e outros 2.1. Controvérsia acerca do arbitramento de indenização por danos morais na hipótese em que a vítima do dano-morte possui numerosos descendentes (8 filhos e 10 netos). 2.2. Necessidade de se considerar, no arbitramento da indenização, o montante total a ser pago pelo autor do ato ilícito, sem contudo aviltar a indenização devida a cada uma das vítimas por ricochete (parentes da vítima falecida). 2.3. Inaplicabilidade do óbice da Súmula 7/STJ na hipótese de indenização irrisória. 2.4. Majoração da indenização na espécie, tendo em vista ser irrisório o valor arbitrado na origem. 2.5. Limitação do pensionamento a dois terços da renda mensal da vítima, pois o percentual de um terço seria presumivelmente gasto com despesas pessoais. 2.6. "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não

têm caráter protelatório" (Súmula 98/STJ). 2.7. Precedente específico da Corte Especial do STJ. 3. Recurso especial da Viação Pavunense, S/A desprovido. 4. Recurso especial de João Batista André e outros parcialmente provido.²⁰²

Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos materiais e morais. Não é nula a sentença cuja fundamentação sucinta resolve todas as questões sob controvérsia. Ato infracional. Homicídio doloso. Familiar dos autores alvejado por vários disparos de arma de fogo pelo filho adolescente dos réus. Dano-morte. Responsabilidade objetiva dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. Art. 932, inc. I, c/c 933, ambos do Código Civil. Inexistência de culpa concorrente da vítima. Intensa reprovabilidade da conduta do menor infrator, a quem foi aplicada a medida socioeducativa de internação, sem possibilidade de atividades externas, com fulcro no art. 121 da Lei 8.069/90 (ECA). Medida proporcional à gravidade do fato, como reconheceu acórdão unânime deste TJRS. Os genitores respondem de forma objetiva, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. Responsabilidade que deriva da conjugação da menoridade do filho e da circunstância fática desse se achar sob o pátrio poder dos pais, a quem incumbe zelar pela boa educação da prole. Situação concreta em que, verificados o ato ilícito praticado pelo filho menor dos réus (ato infracional de homicídio), o dano (morte do familiar dos autores), presentes estão os elementos que tornam certo o dever de indenizar. Culpa concorrente da vítima não demonstrada. Conjunto probatório sinalizando diversamente. Danos emergentes. Despesas com funeral. Ressarcimento devido. Havendo prova documental esmerada evidenciando que os autores realizaram várias despesas com o funeral do familiar, o ressarcimento se impõe. Dano moral. Compensação deferida em prol dos genitores e filha da vítima fatal. Prejuízo de afeição. Cada vítima por ricochete tem direito a uma parcela individual pelos danos extrapatrimoniais sofridos. A morte violenta de parente próximo, em decorrência de ato infracional de homicídio, acarreta presumível abalo moral. Dano extrapatrimonial que deriva do próprio fato. Arbitramento do "quantum" indenizatório. Montante mantido. Montante da indenização arbitrado na sentença em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto. Pensionamento à filha da vítima. A pensão mensal de um salário mínimo estipulada na sentença é devida à filha da vítima fatal, em relação a quem o falecido tinha obrigação de prestar alimentos. "O benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto ambos têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. (trecho da ementa do Acórdão do Recurso Especial nº 922.951/RS). Art. 475-q do CPC. Desconto

²⁰² STJ. Resp. 1394312/RJ. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma. Julgamento em 01/12/2015. Publicado em 17/12/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 15/08/2016.

em folha de pagamento. Admissibilidade. Juros de mora. Súmula 54 do STJ. Sucumbência recíproca. Inocorrência. Súmula 326 do STJ. Apelo da parte ré desprovido. Recurso dos autores provido em parte.²⁰³

Analisando-se a matéria, observa-se que o instituto do dano-morte não é abordado no meio jurídico brasileiro. Assim, a primeira reflexão tende a refutar sua admissibilidade. Isto porque está sempre presente a definição de que a extinção da personalidade jurídica ocorre com a morte. Daí decorre a impossibilidade de o falecido adquirir direito e exercê-lo, mesmo com a transmissão aos herdeiros. Ademais, não se pode negar a tendência à “judicialização da vida e de tudo”, fenômeno que se acentua no Brasil. Por isso mesmo, há uma forte tendência a se negar aquilo que envolva mais lide, mais controvérsia, mais demanda. Isto ocorre, não como forma de se deixar de enfrentar os conflitos que atingem a sociedade, mas pelo receio de se banalizar o acesso ao Poder Judiciário, acabando por negar respostas efetivas para questões realmente controvertidas.

No entanto, examinadas a doutrina e a jurisprudência portuguesas, constata-se que, com a ação danosa que acarrete a morte, o bem mais precioso do ser humano foi lesado definitivamente. Não reconhecer direito à vítima, seria legitimar o ato ilícito, sabendo-se que a conduta foi de maior gravidade do que qualquer outra que sofreu a ação repressiva do direito. Ademais, mesmo que, no âmbito da responsabilidade civil, deva-se observar o caráter compensatório da indenização, com a mesma intensidade, devem-se reconhecer as funções preventiva e punitiva da imposição indenizatória. Por essa razão, seria um contrassenso não admitir a indenizabilidade do dano causado pela morte.

²⁰³ TJRS. Apelação cível nº 70060720992. Relator: Miguel Ângelo da Silva. Julgado em 27/07/2016. Publicado em 04/08/16. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 15/08/2016.

Seguindo a trilha dos estudiosos do tema, pergunta-se: Como aceitar a condenação indenizatória por dano, quando há uma lesão física ou moral, e deixar sem resposta o mais grave ato de lesão, que é a morte? Assim, apesar da inexistência, no Brasil, de discussão sobre o tema, deve ele ser enfrentado, de modo a proporcionar a desejada reflexão entre os operadores do direito.

Não se pode deixar de tratar especificamente sobre a forma de fixação indenizatória, quando se fala do dano-morte. Nessa seara, observa-se, mais uma vez e com maior intensidade, a questão tormentosa de se precisar um valor que seja justo e adequado. Conforme já assinalado, por sua magnitude, o evento morte é certamente o maior dos danos que pode ser imposto ao ser humano. Assim, toda a inquietação que acomete tanto o aplicador do direito, no momento de sua decisão, quanto o destinatário da decisão, fica mais evidente quando se está diante de um caso de dano-morte. O valor da vida não é mensurável, não tem preço, de modo que nenhum bem material poderá significar real compensação. Por outro lado, nesses casos, é função do operador do direito, destinatário das demandas individuais, procurar dar uma resposta minimamente adequada àquele que busca uma retribuição para um evento tão danoso quanto a morte.

Nesse tipo de ação, deverão ser sopesados e examinados todos os elementos necessários para a fixação indenizatória, tais como: as especiais circunstâncias do caso concreto; as condições da vítima e do ofensor; o grau de culpa do agente. Como balizador maior, não se pode perder de vista que foi afetado, de forma indelével, o bem mais precioso do indivíduo que deve ser protegido pelo direito. Convém salientar que a jurisprudência portuguesa, quando da fixação de valores, nos casos de dano decorrente de morte, tem se afastado da ideia de se fixar um valor único. Essa teoria é defendida por alguns, sob o argumento de que a vida de todas as pessoas deve ser nivelada. Mesmo se reconhecendo

que a vida de todos os indivíduos tem igual valor abstrato, não significa que a indenização deva ser a mesma. Isto porque, como já referido, as circunstâncias que envolvem o evento morte podem ser diferentes. Nesses casos, devem- ser observadas a faixa etária da vítima, o grau de culpa do ofensor e todos os elementos circundantes, como fatores determinantes de indenizações adequadas, especialmente tendo em vista o caráter acentuadamente punitivo da condenação por dano-morte.

Destacam-se, nessa matéria, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a vida como valor supremo. Em face desses pressupostos, impõe-se a constatação de que o direito deve ser o caminho para a garantia e proteção desse bem maior, legitimando a pretensão indenizatória ante a insuficiência da resposta criminal ao ato de lesão. Na fixação do valor indenizatório, devem ser observados os critérios de razoabilidade, proporcionalidade e equidade. Dessa forma, atendendo-se o caráter punitivo e de prevenção da indenização, dá-se uma resposta ao agente da lesão extrema, em primeiro plano, e à própria sociedade, que deseja ver respeitado o direito máximo de proteção à vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável a grande importância da responsabilidade civil na sociedade contemporânea. A evolução social vem acompanhada de diversas consequências que precisam e devem ser enfrentadas pelo direito. Toda a complexidade da vida moderna vem a repercutir juridicamente. Assim, o instituto da responsabilidade civil deve acompanhar as alterações no comportamento dos indivíduos, na mesma medida em que se ampliam as relações entre eles, dando solução adequada aos conflitos sociais. Nessa perspectiva, o dano moral, seu conceito e as formas de fixação compensatória devem ser objeto de estudo permanente. Só dessa forma, é possível dar respostas adequadas àqueles que buscam a proteção do direito à lesão suportada.

É imprescindível que o exame do dano imaterial seja feito à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Afinal, o direito à compensação surge como resposta à lesão ao bem inerente a todo ser humano, que deve ser protegido em sua essência e completude: a dignidade. Dessa forma, é fundamental que o princípio da dignidade humana, previsto constitucionalmente, seja considerado como base do direito à compensação por dano moral, posto que todo indivíduo é, essencialmente, titular do direito a uma vida digna.

Para que se possa alcançar a amplitude exigida pelo fato social no que toca ao dano moral, faz-se necessária a reavaliação das suas linhas conceituais. No exame de tão importante matéria, impõe-se procurar a construção de uma definição mais ampla daquilo que se entende como dano moral. Os conceitos firmados em doutrina devem ser integrados, posto que as formulações conceituais não se excluem, mas se complementam. Os tribunais, como demonstrado, utilizam, em um mesmo julgado, mais de um conceito de dano moral, o que indica a insuficiência de adoção de linha única e hermética de uma só definição. Há o reconhecimento do dano moral em razão da alteração do estado

anímico, ante a relevância do sofrimento, abalo ou dor e também pode haver sua constatação sem a ocorrência de alteração ou abalo à órbita imaterial do indivíduo. O dano moral surge igualmente com o ato de lesão a algum direito da personalidade ou à dignidade da pessoa humana. Assim, algumas vezes, o foco deverá ser direcionado à consequência do ato de lesão. Em outras situações, o próprio ato já importará na constatação de lesão capaz de ensejar a caracterização de dano moral a ser reparado.

É relevante observar a linha conceitual assertiva adotada em Portugal ao caracterizar dano moral como aquele que não pode ser avaliado em dinheiro, possuindo natureza imaterial. Esta objetividade, nem sempre encontrada nas várias linhas conceituais adotadas no Brasil, impõe a reflexão sobre o melhor caminho a seguir na pretensão de definição do instituto. Grande a relevância da norma portuguesa que assegura o exame de fatos de real gravidade, impedindo a banalização do que se entende por dano moral e propiciando real proteção a lesões que demandam a pronta resposta do direito.

Fica evidenciado que não se deve, assim, procurar uma definição hermética e concreta para o dano moral ante o receio de que a ampliação ou a abstração conceitual tragam insegurança jurídica. O conceito de dano moral deverá ser extraído do trabalho doutrinário e da efetiva aplicação do instituto nos tribunais, em clara resposta à sociedade quando busca proteção à lesão de direito imaterial.

Partindo da constatação do reconhecimento do dano moral e da necessidade de se promover a proteção ao indivíduo, especialmente em sua dignidade, constata-se a existência, inequívoca, de conteúdo punitivo na fixação reparatória. A antiga concepção da presença de conteúdo meramente compensatório deve ser deixada no passado, para que se possa atribuir uma tríplice função à indenização por dano moral: compensatória, preventiva e punitiva. Essas três funções devem ser

reconhecidas, sem qualquer receio de interferência do direito penal no âmbito da responsabilidade civil.

O sujeito passivo da lesão, seu ofensor e a sociedade devem vislumbrar, no entrega do direito, a existência de resposta que compense aquele que suportou a lesão. Devem também perceber, na imposição estatal, um fator de punição pelo dano provocado e um elemento de desestímulo à prática de outras ações do mesmo teor. Na verdade, poder-se-ia mesmo afirmar que a real compensação à vítima seria constatada, quando se pudesse observar que a decisão trouxe, num primeiro momento, a compensação pelo dano ante a impossibilidade de retorno à situação anterior e igualmente pudesse enxergar que o ofensor foi punido pela ação danosa. Ainda mais do que isso, é necessário que vislumbre que essa punição terá implicação preventiva para o agente da lesão e para a sociedade.

O problema da fixação adequada de valores quando constatado o dano imaterial é perene. Apesar de não se ter chegado a conclusões ou respostas definitivas neste estudo, alguns caminhos foram aclarados. Em primeiro lugar, não se pode desprezar a importância da fixação de resposta que imponha a reparação pela mesma natureza do dano. No entanto, verifica-se que, na grande maioria das vezes, não há sequer a mínima possibilidade de condenação à prestação da mesma natureza. Porém, quando isso é possível, deve-se privilegiá-la, por corresponder à verdadeira essência da fixação reparatória. Deve-se agregar, entretanto, também a indenização em pecúnia, certo que o retorno à situação anterior é inviável, quando se trata de dano moral.

Deverá ser procurada a forma mais ponderada e segura para se chegar a um valor que se possa aceitar como sendo mais justo e adequado no estabelecimento da indenização por dano moral. No entanto, qualquer tarifação se mostraria imprópria para a fixação de valores com justiça e adequação. Até mesmo porque é praticamente

impossível precisar todas as situações a ensejar a fixação indenizatória. Isso acabaria por acarretar maior injustiça no julgamento de cada caso concreto. Se, por um lado, a tariffação pode apontar para um caminho de segurança e previsibilidade, por outro, mostra-se inadequada ao real exame do caso concreto, com as peculiaridades que cada fato deve exigir.

A simples aplicação de tariffação seria o caminho mais fácil a ser seguido. Entretanto, ao estudioso e ao aplicador do direito não cabe escolher a trilha mais cômoda. Por vezes, o objetivo de resposta efetiva ao que demanda o cidadão importa em constatar que o concreto e matemático devem ser postos de lado. O julgador deve optar pelo caminho mais trabalhoso e profundo, ao examinar cada situação, com suas peculiaridades, certo que, somente assim, poderá produzir uma resposta com clareza, consciência, razoabilidade e bom senso. Proferirá, em consequência, decisão que seja mais adequada e que, por isso, será assimilada e aceita, quer pela vítima, quer pelo ofensor, quer pela coletividade.

Para tanto, é imprescindível que seja cumprido, de forma sistemática, o dever de motivação da decisão, com a explicitação de todo o caminho trilhado pelo julgador para estabelecer o *quantum* indenizatório naquele caso posto. Deverá o magistrado, com livre arbítrio, mas sem arbitrariedade, examinar detalhadamente cada circunstância que envolveu o fato. Deverá analisar as condutas dos envolvidos e, especialmente, observar os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Cumpridas todas essas etapas, com a apresentação do resultado da lide, após a dilação probatória, devem o agressor e a vítima terem o real conhecimento do que levou o julgador a optar por determinada indenização. No julgamento, não é aceitável a utilização de jargões jurídicos para lastrear decisões que não possuem verdadeira e pertinente motivação.

Assim, ao estabelecer o *quantum* indenizatório, o julgador deve observar a ação do ofensor e o nível da culpa; as condições sociais e financeiras do agressor e da vítima; os demais fatores circundantes. Tudo isso, tendo a razoabilidade e a proporcionalidade como fios condutores da decisão e a equidade como meta. Nesse aspecto, deve-se salientar a postura ativa do julgador que deverá enfrentar o desafio de examinar os fatos, fixar e externar sua decisão que concretizará o que a norma não pode fazer.

O Código Civil português preceitua que será dada proteção aos danos patrimoniais que por sua gravidade mereçam a tutela do direito. Assim, o citado diploma legal impede que fatos corriqueiros, e que normalmente devem ser suportados pelo indivíduo, sejam questionados judicialmente.

A regra da lei civil de Portugal, que não tem paralelo do direito positivo brasileiro, é de grande importância. Essa lacuna, aqui verificada, ocasiona uma enxurrada de demandas sem fundamento real, acarretando um aumento expressivo no número de feitos em tramitação. Resulta, em última análise, num fator de contribuição para a morosidade da justiça, sendo afetados pela demora aqueles que realmente precisam da decisão rápida para a proteção de seus direitos.

A equidade, que no Brasil gera tantos questionamentos para ser aplicada, é estabelecida pelo estatuto civil português. Disponibiliza, portanto, ao aplicador da norma o elemento essencial para o estabelecimento adequado, equilibrado e pertinente do valor da compensação por dano imaterial.

Apesar disso, os problemas para a fixação do adequado valor da indenização por dano moral persistem tanto no Brasil como em Portugal. A grande maioria dos doutrinadores portugueses reconhece a existência de uma fase a que António Menezes Cordeiro denominou “página negra”. Essa fase ocorreu quando os tribunais portugueses fixavam valores

muito aquém daquele considerado adequado e satisfatório. Com o correr do tempo e o aumento do número de ações envolvendo dano imaterial, além dos estudos desenvolvidos sobre o tema, os julgadores passaram, com segurança, a elevar os valores fixados. Verifica-se, ainda, um certo descontentamento com os parâmetros adotados nos julgados, mas não se observa elevado questionamento quanto a abuso de direito ou a grandes discrepâncias entre os tribunais.

No Brasil, muito se questiona sobre os valores estabelecidos. É que, muitas vezes, há grandes divergências entre os tribunais e, até, em um mesmo órgão de julgamento. São tomadas decisões díspares para situações aparentemente similares. É importante pontuar, conforme assinalado ao longo deste trabalho, que, muitas vezes, casos aparentemente semelhantes, na verdade, quando examinados de forma particularizada, não o são. Assim, a afirmação de que existe divergência pode partir de um exame superficial. De qualquer forma, é preciso adotar uma linha norteadora de decisões, que indique um caminho homogêneo e coerente para o estabelecimento de valores.

Imprescindível que se tenha um norteamento mínimo de entendimento, que permita as várias possibilidades de exame das circunstâncias específicas de cada caso, sempre procurando aquilatar o que é razoável e proporcional naquele caso concreto. Tudo isso deverá ser feito com a devida e clara fundamentação do julgado, no qual serão externados os elementos sopesados para a fixação do valor condenatório final.

Em Portugal e no Brasil, os operadores do direito se angustiam na busca do valor ideal, justo e equilibrado para a resposta à demanda proposta, quando está em questão o dano moral. Ainda não foi encontrado o caminho seguro para se chegar ao parâmetro almejado, de modo que a busca deve continuar. Nos julgamentos atuais, são adotados caminhos que já foram trilhados. Esses caminhos, ainda que não sejam

considerados ideias, podem proporcionar um mínimo de segurança, equilíbrio e adequação para que se tomem decisões que verdadeiramente protejam e garantam o direito à dignidade humana.

Não se poderia finalizar este estudo, sem se enfrentar o tema referente ao dano-morte. Essa espécie de dano, certamente, pode ser considerada a mais grave das lesões não-patrimoniais. Exatamente por isso, é preciso superar todas as dificuldades, de modo a se estabelecerem parâmetros adequados para a fixação compensatória, em caso de julgamento do dano-morte. No Brasil, a primeira reflexão que deve ser feita é se, do arcabouço jurídico do país, pode-se reconhecer o dano-morte, tal como ocorre em Portugal. É preciso superar a tendência inicial de se afastar a possibilidade de reconhecimento desse tipo de dano, ante o receio do desconhecido e de se agravar o fluxo de demandas. Após o estudo da doutrina portuguesa e da análise das decisões dos tribunais lusitanos, não há como se negar a existência do dano-morte.

Mesmo sendo o instituto desconhecido no Brasil, não se pode deixar de constatar que, se existe a possibilidade de causar dano a outrem, afetando seu bom nome, sua estética e sua honra, com a mais ênfase se pode causar o dano retirando a vida, que é certamente o bem mais precioso do ser humano. Não se trata do dano moral sofrido pelos familiares, nem tampouco daquele suportado pela vítima antes do evento fatal. Trata-se, na verdade, do dano provocado pelo evento que elimina a vida humana. A primeira argumentação contrária ao reconhecimento dessa espécie de dano sustenta que, com a morte, extingue-se a vida e a possibilidade de aquisição de direitos.

Entretanto, o argumento acima citado é facilmente afastado. É que, no último átimo de sua existência, o indivíduo adquire o direito à compensação pela lesão. Isto porque, conforme assinalam os grandes doutrinadores portugueses, o foco não deve ser posto no momento em

que surge o dano, mas sobre a responsabilidade evidenciada com a imputação do dano. Ademais, conforme foi amplamente sustentado ao longo deste estudo, a indenização por dano imaterial tem, além da função compensatória, um conteúdo acentuadamente punitivo. Diante disso, é irrefutável o reconhecimento do dano-morte como uma lesão a ser compensada pelo agente.

A Constituição brasileira, em seu art. 5º, garante a inviolabilidade do direito à vida. Assim, mesmo que não haja previsão expressa no estatuto civil do país, a proteção à vida, garantida constitucionalmente, confere o lastro para se reafirmar a possibilidade do reconhecimento do dano-morte no Brasil. É preciso identificar o motivo pelo qual, até os dias atuais, o dano-morte não foi conhecido e examinado pelos doutrinadores brasileiros. Com efeito, pouquíssimos estudiosos do direito civil o mencionam. Também a jurisprudência, quando utiliza a expressão “dano-morte”, toma-a como sinônimo de dano moral decorrente da morte.

Não se pode desconhecer a dificuldade para se precisar valores adequados para as indenizações em situações já reconhecidas de dano moral. Quando se trata de dano-morte, essa complexidade se acentua, na medida em que não existem parâmetros minimamente objetivos para se aquilatar o valor da vida. Em razão do caráter absoluto dessa espécie de dano, alguns doutrinadores entendem que todos os valores a serem fixados devem ser equivalentes, visto que todos os indivíduos são iguais como entes merecedores de proteção à vida.

No entanto, impõe-se fazer uma ressalva a essa afirmação. É bem verdade que todos os indivíduos são iguais quanto ao direito à vida e à sua proteção. Contudo, na fixação compensatória, tal qual ocorre nas outras espécies de dano moral, devem-se observar as peculiaridades e as circunstâncias de cada caso. Deverá ser examinado todo o rol de requisitos aplicáveis, tais como: as específicas circunstâncias que envolveram o ato; a conduta e as condições do ofensor e as

características da vítima. Tudo isso deve ter como base os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que se possa chegar a uma decisão justa que, certamente, não deverá ser a mesma para todos os casos de dano-morte.

Apesar de todo o esforço empreendido na elaboração deste estudo, é preciso reconhecer que não se chegou à resposta almejada. Fez-se um exame comparativo entre Brasil e Portugal sobre a evolução conceitual do dano moral e os problemas vivenciados pelos dois países no que diz respeito às formas de fixação reparatória. Com essa metodologia, pretendeu-se chegar a um conhecimento mais aprofundado do tema. Buscou-se também reduzir as angústias que acometem aqueles que trabalham diuturnamente com a matéria. Nesse estudo comparativo, constatou-se a pouca precisão de critérios e de decisões, por vezes, muito distantes uns dos outros, gerando uma dose de insegurança jurídica sobre o tema.

No desenvolvimento do presente estudo, percebeu-se a necessidade de se fazer um exame mais aprofundado sobre essa matéria, com tantas nuances e aplicações na atualidade. No entanto, a almejada superação das angústias não foi nem sequer tangenciada. Elas persistem. Serão fiéis companheiras de viagem daquele que se propõe estudar o tema.

A dificuldade do ser humano em lidar com o que é intangível é perene. Assim, estudar a resposta do direito a esse tipo de dano imaterial é aceitar a condução dos trabalhos pela linha estreita entre o concreto e o abstrato. É aceitar, até mesmo, a ausência de resposta definitiva e continuar estudando, aprendendo e buscando. Por fim, convém destacar o que ensina, com maestria, António Menezes Cordeiro, ao abordar o tema: “O direito civil não é um jogo burocrático de normas e de remissões: lida com valores profundos, devendo mostrar-se à altura de o fazer.”

REFERÊNCIAS

a) Doutrina

- ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2011.
- ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6 ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed., São Paulo: Atlas S.A, 2008.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II: direito das obrigações. Tomo III*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORRÊA ANDRADE, André Gustavo. *Dano moral & indenização punitiva*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CORRÊA-LIMA, Oscar Brina. *Equidade: julgamento por equidade, julgamento com equidade*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, nº. 37, 2000.
- COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2014.
- DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3 ed., Leme: J.H. Mizuno, 2011.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. *O dano moral na doutrina e jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 7: *Responsabilidade Civil*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FARIA, Cristiano Chaves de et al. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bruna Oliveira. *Princípio constitucional da proporcionalidade*. In DUARTE, Juliana Ferreira Antunes; CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo (orgs.). *Coletânea acadêmica da Associação de Pós-Graduados em Direito da PUC/SP*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano:Giuffrè, 1996.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas de responsabilidade civil. Vol. II. Indemnização dos danos reflexos*. Coimbra: Almedina, 2007.

GOÉS, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Eveline Mendonça Felix. *A função punitiva de indenização por dano moral*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 3, nº 9. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 12 ed., Coimbra: Almedina, 2015.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUCENA, Delfim Maya de. *Danos não patrimoniais. O dano da morte*. Coimbra: Almedina, 2006.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A reparação dos danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações. Programa 2014/2015. Apontamentos*. Lisboa: AAFDL, 2014.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. In MIRANDA, Jorge, SILVA, Marco Antônio Marques da (coord.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10 ed., Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Rui Soares. *A responsabilidade por danos não-patrimoniais do incumprimento das obrigações no direito civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: direito das obrigações, tomo 26*, Rio de Janeiro: Editora Borsoi. 1959.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil (um olhar sobre a jurisprudência)*. 3 ed., Coimbra. Almedina, 2006.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização por dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 12ª ed., São Paulo: Saraiva. 1989.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado: teoria e prática*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais 2003.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Direito das obrigações I: sinopse explicativa e ilustrativa*. Lisboa: AAFDL, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e a problemática dos assim chamados “novos” direitos: algumas aproximações à luz da experiência constitucional brasileira*. In *Estudos de direito público e filosofia do direito: um diálogo entre Brasil e Alemanha*. TORRES, Ricardo Lobo, BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula (coord.). Rio de Janeiro. Renovar. 2011.

SARMENTO, Daniel. *Revisitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Direitos humanos e direitos fundamentais: Diálogos*

contemporâneos. In ANJOS FILHO, Rogério Nunes (org.). Salvador: JusPodium, 2013.

SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1969.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Vol.2, 9 ed., São Paulo: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEDORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7 ed., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed., Coimbra: Almedina, 2000.

b) jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo: 704/09.9TBNF.S1. 6ª secção Relator: Fonseca Ramos. Julgado em 07/07/2009. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em 18/10/2015.

_____. Processo: 287/10.0 TBMIR. S1. 1ª Secção, Relatora: Maria Clara Sottomayor. Data de julgamento: 25/02/2014. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>. Acesso em 31.01.2016.

_____.Revista n.º 1686/06, 7.ª Secção. Relator: Salvador da Costa. Acesso em 30.05.2016. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=23282&stringbusca=&exacta=

_____.Revista n.º. 212/07. Acórdão n.º 8TTLSB.L1.S1.: 4ª secção. Relator: Pereira Rodrigues. Julgado em 25/01/2012. Disponível <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5cd075e18f7a99b7802579950040fb09?OpenDocument>. Acesso em 23.07.2016.

_____. Revista n.º 4439/03 - 2.ª Secção – Relator: Santos Bernardino. Julgado em 04-03-2004. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_busca_processo.php?buscaprocesso=&seccao=.%AA%20SEC%C7%C3O&ficha=12276&pagina=&exacta=. Acesso em 23.07.2016.

_____. Revista n.º 3072/04 - 6.ª Secção – Relator: Ribeiro de Almeida. Julgado em 02-11-2004. Disponível em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012>. Acesso em 30.07.2016.

_____. N.º do Documento: SJ20071218037152. Relator: Santos Bernardino. Julgado em 18/12/2007. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/d845174e9dc8115a802573b5005350b9?OpenDocument>. Acesso em 07.08.2016.

_____. Acórdão nº3013/05.2TBFAF.G1.S1. Relator: Alves Velho. Julgado em 22/06/2010. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/07d1dbd2d4d620b6802577c4004e8576?OpenDocument>. Acesso em 13.08.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Segunda Turma. RE 29447. Relator: Min. Afranio Costa, Julgado em 25/11/1958. Publicado em 29/01/1959 PP-01317. EMENT VOL-00376-02 PP-00528.

_____. Primeira Turma. RE 26427, Relator: Min. Macedo Ludolf. Julgado em 21/09/1954. Publicado em 11/08/1955 PP-09839 EMENT VOL-00222-01 PP-00331 ADJ 03-12-1956 PP-02275.

_____ Re 28161. Relator: Min. Lafayette de Andrada, segunda turma. Julgado em 13/09/1955. EMENT VOL-00253 PP-00235.

_____ Re 11974. Relator: Min. Hahnemann Guimarães, segunda turma. Julgado em 12/05/1953. DJ 28-01-1954 PP-01115 EMENT VOL-00162-01 PP-00216 ADJ 02-09-1957 PP-02292.

_____ Re 11786. Relator: Min. Hahnemann Guimarães, segunda turma. Julgado em 07/11/1950.

_____. Primeira Turma. Are 718531 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Julgado em 04/02/2014. Publicado em 18/02/2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 22.05.2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. REsp 1291247/RJ. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 19/08/2014. Publicado em 01/10/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22/04/2015.

_____. Quarta Turma. REsp. 1.245.550 - MG (2011/0039145-4). Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 17/03/15. Publicado em 16/04/15. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 19/04/2015.

_____. Agravo em Recurso Especial nº 58.827 – AL. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em 02/10/2013. Publicado em 09/10/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em 14.08.2015.

_____. AgRg no AREsp 633.251/SP. Rel. Ministro Raul Araújo. Julgado em 05/05/2015. Publicado em 26/05/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 30.11.2015.

_____. Terceira Turma. AgRg no AREsp 785.243/ES. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 03/12/2015. Publicado em 14.12.2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 15.12.2015.

_____. Terceira Turma. AgRg no Ag 1389642/RJ. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Julgado em 15/09/2011. Publicado em

20/09/2011. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 08.03.2016.

_____. Quarta Turma. RCDESP no Resp 362.532/PB. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Julgado em 07/08/2012. Publicado em 20/08/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 08.03.2016.

_____. Quarta Turma. AgRg no AREsp 841.940/SP. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Julgado em 07/04/2016. Publicado em 12/04/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 03.05.2016.

_____. AgRg no AREsp 23.311/SP. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em 17/03/2016. Publicado em 22/03/2016. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em 03.05.2016.

_____. Resp. 1394312/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, terceira turma. Julgamento em 01/12/2015. Publicado em 17/12/2015. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 15/08/2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Quinta Câmara Cível. APL: 0567952013. Relatora: Desa. Maria das Graças de Castro Duarte Mendes. Julgado em 23/02/2015. Publicado em 05/03/2015. Disponível em <http://jurisconsult.tjma.jus.br/>. Acesso em 29.11.2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Primeira Câmara Cível. Apelação Cível 1.0317.12.002387-2/001 0023872-12.2012.8.13.0317 (1) Relator: Des.(a) Armando Freire. Julgado em 07/07/2015. Publicado em: 16/07/2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 20.02.2015.

_____.Oitava Câmara Cível. Apelação Cível 1.0024.12.306175-6/001 3061756-30.2012.8.13.0024 (1). Relatora: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Julgado em 16/07/2015. Publicado em 17/07/2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 20.02.2015.

_____.Décima Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0352.09.057264-0/001. Relator: Des. José Marcos Vieira. Julgado em 25/11/2015. Publicado em 04/12/2015. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 30.01.2016.

_____.Décima Primeira Câmara. Cível. Apelação Cível nº. 1.0112.05.058416-1/001, Relator: Des. Afrânio Vilela. Julgado em 14/11/2007. Publicado em 01/12/2007 Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 08.03.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, Vigésima Terceira Câmara Cível. Apelação nº. 0011883-97.2009.8.19.0203. Relator: Des. Murilo Kieling. Julgado em 08/07/2015. Publicado em 10/07/2015. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=XJRPxWEB&PGM=WEBJRP101&PORTAL=1>. Acesso em 25/08/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70053525614. Relatora: Des. Maria Claudia Cachapuz. Julgado em 12/08/2015. Publicado em 17/07/2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 10.08.2015.

_____. Décima Segunda Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70063422646, Relator: Des. Guinther Spode. Julgado em 13/08/2015.

Publicado em 17.08.2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 14.08.2015.

_____. Primeira Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71005147764, Relator: Juíza Fabiana Zilles. Julgado em 25/11/2014. Publicado em 27/11/2014. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em: 07.02.2016.

_____. Sexta Câmara Cível. Agravo Regimental nº 70059236588. Relator: Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares. Julgado em 25/09/2014. Publicado em 30/09/2014. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em: 07.02.2016.

_____. Décima Câmara Cível. Apelação Cível nº. 70064588148. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em 28/05/2015. Publicado em 09.06.2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 10.08.2015.

_____. Nona Câmara Cível, Apelação Cível nº 70061274932. Relator: Des. Eugênio Facchini Neto. Julgado em 29/04/2015. Publicado em 06/05/2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 05.09.2015.

_____. Nona Câmara Cível, Apelação n.º 70057454258, Relator: Des. Miguel Ângelo da Silva. Julgado em 27/05/2015. Publicado em 01/06/2015. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 10.09.2015.

_____. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70062841218 e Apelação Cível nº 70052453941. Relator: Des. Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 19/11/2015. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 22/12/2015.

_____. Décima Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70069952844. Relator: Des. Giovanni Conti. Julgado em 14/07/2016. Publicado em 26/07/2016. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 30.07.2016.

_____ Apelação cível nº 70060720992. Relator: Des. Miguel Ângelo da Silva. Julgado em 27/07/2016. Publicado em 04/08/16. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova#main_res_juris. Acesso em 15/08/2016.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA. Processo: 505/08.5TBTND.C1. Relator: Luis Cravo. Data do julgamento: 26/02/2013. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/> > , Acesso em 21/01/2016.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. Processo: 334/10.6TBMNC.G1. Relatora: Estelita de Mendonça. Julgamento em 23/01/2014. Disponível em <<http://jurisprudencia.no.sapo.pt/> > Acesso em 21/02/2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Sexta Turma. AC nº 54283120064013801 MG. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Julgado em 31/03/2014. Publicado em 11/04/2014. Disponível em <http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>. Acesso em 29.11.2015.

c) Legislação

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Código Civil Brasileiro – Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (e atualizações).

Código Civil Português – DL nº. 47.344, de 25 de novembro de 1966 (e atualizações).

Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (e atualizações).

Lei de Imprensa - Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967.